Die rechtswidrige Unterlassung im Strafrecht

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Referendar Georg Rydzek
aus Hindenburg (O.-Schles.)

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn

Meiner lieben Braut

Dolores

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545821_0115

Inhalt

		Seite
§ 1.	Der Begriff der Unterlassung	9—12
§ 2.	Wann ist das Unterlassen rechtswidrig?	12—41
§ 3.	Die deliktischen Erscheinungsformen der rechtswidrigen Unterlassung	41—46
§ 4.	Ort und Zeit der rechtswidrigen Unterlassung	46—50
§ 5.	Zusammentreffen mehrerer rechtswidriger Unterlassungen	51—53
§ 6.	Gründe, die die Rechtswidrigkeit der „Unterlassung“ ausschließen	54—56
§ 7.	Zusammenfassung	57—59

Literatur

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage des von Dr. Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig 1922.
v. Alberti: Rechtswidrige Unterlassungen, Stuttgart 1908.
Aldosser: Inwiefern kann man durch Unterlassung strafbare Handlungen begehen? Berlin 1882.
Allgemeine Deutsche Strafrichterzeitung.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, 2. Teil: Begründung, Berlin 1925.
Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin 1926.
Arch. f. BGB: Archiv für bürgerliches Recht.
Arch. Ziv.: Archiv für die zivilistische Praxis.
v. Bar: Lehre vom Kausalzusammenhang, Leipzig 1871.
Beling: Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925.
Ders.: Die Lehre vom Verbrechen (L. v. V.), Tübingen 1906.
Binding: Die Normen und ihre Übertretungen, Leipzig, Bd. I 1916, Bd. II_1 1914, Bd. II_2 1916.
Ders.: Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
Ders.: Grundriß des gemeinen Deutschen Strafrechts, Leipzig 1913.
v. Buri: Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung (im Gerichtssaal, Bd. 21, S. 189 ff.).
Das Recht: Juristisches Zentralblatt für Praktiker, begründet von Dr. h. c. Soergel.
Dick: Der Verstoß gegen die guten Sitten (im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 30, S. 80 ff.).
DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1929, 4. Auflage.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und zwei Anlagen, vorgelegt vom Reichsminister der Justiz Hergt am 19. Mai 1927.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Gießen 1847.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1926.
Ger. S.: Der Gerichtssaal.
Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858.
Goltd. A.: Archiv für Strafrecht, begründet durch Dr. Goltdammer.
Geyer: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung, Bd. 5, 1882.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch II, Berlin 1897.
Hanke: Das Kommissivdelikt durch Unterlassung, Breslau 1917.
Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1924.
Horn: Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1893.
JW.: Juristische Wochenschrift.
KG.: Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Kitzinger: Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902.
Klein: Beiträge zur Lehre von der Anzeigepflicht im Zivilrecht (im österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis, herausgegeben von Dr. Leo Geller, 27. Jahrgang, 1919, S. 478—492).
Krug: Abhandlungen aus dem Strafrecht, Leipzig 1855.
Landsberg: Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung in dem deutschen Strafrecht, Freiburg i. B., 1890.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1897 und 1903.
Ders.: Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927.
Lucas: Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrecht, Berlin 1883.
Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. II, Göttingen 1840.
Merkel: Kriminalistische Abhandlungen, Stuttgart 1867.
M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch, Heidelberg 1915.
North: Die Nothilfepflicht im Deutschen Strafrecht unter Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Grundlage sowie der ausländischen Gesetzgebung, Dissertation, Borna-Leipzig 1906.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1927.
Redslob: Die kriminelle Unterlassung, Breslau 1906.
RGSt.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rohland: Die strafbare Unterlassung, Dorpat und Leipzig 1887.
Rotering: Über die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwehr eines strafrechtlichen Erfolges aus selbst schuldlos erzeugter Gefahr (im Gerichtssaal, Bd. 34, S. 206 ff.).
Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht (im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 90, S. 171 ff.).
Schimmelbusch: Die sog. Begehung durch Unterlassung, Dissertation, Rostock 1903.
Schoetensack: Die Arten der Rechtssätze (im Gerichtssaal, Bd. 83, S. 1 ff.).
v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Leipzig, 1884.
Seligsohn: Die eigentlichen Unterlassungsdelikte nach dem Deutschen Strafgesetzbuche (in Goltdammer Archiv, Bd. 28, S. 210 ff.).
Spangenberg: Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit (Neues Archiv des Kriminalrechts, 4. Bd., S. 527 ff.).
Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht, 1906.
Staudinger: Kommentar zum BGB, München und Berlin 1910.
Stübel: Über den Tatbestand der Verbrechen, Wittenberg 1805.
A. Sturm: Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Berlin 1895.
Traeger: Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1913.
v. Zahn: Über die Kausalität der Unterlassung im Strafrecht (Gerichtssaal, Bd. 69).
ZStW.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

§ 1.

Der Begriff der Unterlassung.

Das Problem der Unterlassungsdelikte ist in Wissenschaft und Praxis scharf umstritten. Schon über den Begriff der Unterlassung gehen die Meinungen auseinander; Landsberg[1]) definiert die Unterlassung als „dasjenige menschliche Verhalten, welchem eine bestimmte (äußere) Bewegung nicht entspricht, welches (äußere) Tätigkeit nicht ist". Zu dieser weiten Begriffsbestimmung sieht sich Landsberg[2]) deswegen veranlaßt, weil sonst unerforscht bliebe „das ganze Gebiet des Nichttuns, wo Tun, sei es möglich, sei es nicht geboten, sei es weder möglich noch geboten ist". Aus diesem Versuch der Rechtfertigung erhellt schon, wie wenig begründet die Definition ist. Es wird dem Forschungswillen zur Liebe von einer genauen Abgrenzung des Begriffes der Unterlassung Abstand genommen. Indessen sind absolute Untätigkeit, die von Beling[3]), der einen Landsbergs ähnlichen Standpunkt vertritt, mit Muskelruhe, Regungslosigkeit bezeichnet wird, und Unterlassung nicht identisch. Auch der Unterlassende wird in der Regel während der Unterlassung irgend etwas tun. Streng genommen ist sogar Ludens[4]) Ansicht richtig, daß derjenige, der etwas unterläßt, stets notwendig eine andere Tätigkeit, eine positive Handlung, vornimmt, sollte diese auch lediglich im Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestehen. Binding[5]) meint allerdings, man könne deswegen, weil auch der scheinbar untätige Mensch immer etwas tue, den wesentlichen Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung nicht leugnen; denn der Mensch pflege wenigstens im Schlafe untätig zu sein. Gewiß ist der schlafende oder bewußtlose Mensch „untätig". Man kann aber im Sinne des Sprachgebrauchs oder, falls der Gesetzgeber von „Unterlassen" spricht, im Sinne des Gesetzgebers nicht sagen, daß ein Mensch in derartigen Zuständen etwas „unterläßt". Von einer Unterlassung spricht man, abgesehen von den sonstigen wesentlichen Begriffsmerkmalen, vielmehr nur dann, wenn jemand willkürlich etwas nicht tut. Es genügt hierzu ein natürlicher Wille, wie ihn ein Kind oder ein Geisteskranker haben kann. Für den Begriff der Handlung im allgemeinen, der als willkürliches Körperverhalten zu definieren ist, ergibt sich dies aus § 51 StGB.: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich im Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welche seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war". Äußerlich erkennbar wird dieser Wille daran, daß der Unterlassende, obwohl er die Möglichkeit hat, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, dies nicht tut. Ein Versuch, die Auffassung zu begründen, daß von einer Unter-

[1]) a. a. O., S. 26.
[2]) a. a. O., S. 1.
[3]) a. a. O., S. 20, § 14 II b.
[4]) a. a. O. II, S. 473/474.
[5]) Normen II, S. 99 ff.

lassung nur dann gesprochen werden kann, wenn jemand willkürlich etwas nicht tut, würde ebenso schwierig und leicht anfechtbar sei, wie wenn man es unternehmen wollte darzulegen, weshalb man zu dem Begriffe „Baum" diese oder jene Eigenschaft eines bestimmten Gegenstandes rechnet. Man könnte zur Begründung höchstens anführen, daß es so, wie man es darlegt, im Einklange mit dem Sprachgebrauch oder auch, da der Gesetzgeber die Sprache des Lebens spricht, im Sinne des Gesetzgebers ist. — Redslob[6]) beruft sich zur Rechtfertigung seines Unterlassungsbegriffs gleichfalls auf den Geist des Gesetzes. Er schließt daraus, daß der Gesetzgeber im § 123 StGB. von: „Wer sich nicht entfernt" und im § 139 StGB. von: „Wer keine Anzeige macht" spricht, daß die Unterlassung Mangel eines gewissen Tuns sei, das vom Willen unmittelbar abhängt. Dieser Ansicht kann, soweit sie den Begriff der Unterlassung erschöpfend dargelegt zu haben glaubt, nicht beigestimmt werden. Es fehlt noch die Angabe, welcher Art das „gewisse" vom Willen unmittelbar abhängige Tun sein muß. Beling[7]) meint freilich, wie beschaffen das Verhalten sei (sein Inhalt), was unterlassen sei, käme erst für die Frage in Betracht, ob die Handlung tatbestandsmäßig und rechtswidrig sei. M. E. würde diese Bemerkung dann zutreffen, wenn es möglich wäre, den Begriff der Unterlassung einwandfrei zu bestimmen, ohne daß man genötigt wäre, den Inhalt des Nichttuns in den Begriff einzubeziehen. Dies ist aber weder Beling noch Alberti[8]) gelungen, der gleichfalls darauf hinweist, daß Unterlassungsbegriff und Unterlassungsinhalt zu trennen sind und die Unterlassung als Nichtvornahme eines denkbaren Tuns definiert. An einem einfachen Beispiele sieht man schon, daß das, was diese Autoren als Unterlassung bezeichnen, diese Bezeichnung nicht verdient: Will A. deswegen nicht spazieren gehen, weil es stürmisch ist, so wird man von seinem Verhalten nicht ohne weiteres sagen können: „Er unterläßt es, spazieren zu gehen", sondern man wird üblicher Weise sagen: „Er geht nicht spazieren." „Unterlassen" und „Etwas willkürlich nicht tun" oder gar „Etwas Denkbares nicht tun" kann also nicht gleichbedeutend sein. v. Liszt[9]) sieht daher weitergehend in der Unterlassung die Nichthinderung eines Erfolges. Dies trifft insofern nicht zu, als es Unterlassungen gibt, die keinen Erfolg, keine äußerlich wahrnehmbare Veränderung der Außenwelt, hervorrufen: Wird einem Angestellten von seinem Arbeitgeber befohlen, die eingegangene Post durchzusehen und tut er dies nicht, dann redet man mit Recht von einer Unterlassung des Angestellten, nicht aber hat sie hier den Sinn von „Nichthinderung des Eintritts eines Erfolges". Schimmelbusch[10]) vermißt bei der von Liszt'schen Begriffsbestimmung das Moment der „Erwartung", und auch Traeger[11]) definiert die Unterlassung als Nichtvornahme einer erwarteten möglichen Handlung. Um diese Ansicht auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen, muß man sich vor Augen halten, daß „erwarten"

[6]) a. a. O., S. 17.
[7]) a. a. O., S. 20.
[8]) a. a. O., S. 1.
[9]) 14. und 15. Auflage, S. 132.
[10]) a. a. O., S. 14.
[11]) a. a. O., S. 8.

nichts anderes heißt, als daß jemand auf Grund der Kenntnis von der Wirkungsweise der Naturkräfte und unter Zugrundelegung seines Erfahrungsvermögens[12]) zu dem Urteil kommt, daß etwas Bestimmtes eintreten oder nicht eintreten müsse. Der etwas Erwartende ist also nur der Meinung, daß eine bestimmte Tatsache eintreten oder nicht eintreten werde, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände es anders fügen. Es ist nun unerfindlich, wieso die Meinung, das Urteil eines einzelnen für die Allgemeinheit bindend darüber entscheiden darf, ob ein bestimmtes Verhalten eines Menschen als Unterlassung anzusehen ist oder nicht. Aber auch den Erwartenden berechtigt lediglich seine Erwartung noch nicht, ein bestimmtes Nichttun eines anderen als Unterlassung zu bezeichnen: Wenn A sieht, daß B sich an den Schreibtisch setzt und den Federhalter in das Tintenfaß taucht, so „erwartet" er vielleicht, B werde schreiben. Tut dies B nun „wider Erwarten" nicht, dann wird A nicht gut sagen können, B habe es unterlassen zu schreiben. Wie das Handeln eines Menschen richtig zu beurteilen oder richtig zu bezeichnen ist, darüber entscheidet allgemeinverbindlich nie die Meinung eines einzelnen, sondern die Ansicht der Gesamtheit. Diese findet wiederum ihren Ausdruck insbesondere in den Vorschriften des Rechts, der Sitte und der Moral. Wenn man also schon das Moment der „Erwartung" in die Begriffsbestimmung der Unterlassung einbeziehen will, dann darf man nur „die Erwartung" des Rechts, der Sitte und der Moral meinen. Recht, Sitte und Moral erwarten aber eine Handlung nur dann, wenn sie sie geboten haben. Die Unterlassung ist daher am besten zu definieren als willkürliche Nichtvornahme eines gebotenen Tuns oder auch, was dasselbe ist, als willkürliches verbotenes Nichttun.

Im Anschluß an diese Untersuchung wäre vom rechtlichen, sittlichen oder moralischen Standpunkte aus das Körperverhalten des Menschen einzuteilen in:

A. **Handlung = willkürliches Körperverhalten = Tätigkeit,**

I. positive Tätigkeit = Tun,

1. gebotenes Tun,
2. verbotenes Tun,
3. weder gebotenes noch verbotenes Tun = freies Tun.

II. negative Tätigkeit = Nichttun,

1. gebotenes Nichttun,
2. verbotenes Nichttun = Unterlassen,
3. weder gebotenes noch verbotenes Nichttun = freies Nichttun.

B. **Untätigkeit = nicht willkürliches Körperverhalten,**

I. absolute Untätigkeit (z. B. Schlaf, Bewußtlosigkeit),

II. teilweise Untätigkeit (z. B. vis absoluta).

Wenn das willkürliche Nichttun von der Rechtsordnung verboten ist, oder mit anderen Worten, wenn etwas nicht getan

[12]) Rohland, a. a. O., § 3, S. 10.

worden ist, was die Rechtsordnung geboten hat, so ist das Nichttun rechtswidrig. Da nun zum Begriff der Unterlassung stets verbotenes Nichttun gehört, so ist man nur berechtigt, von rechtswidriger Unterlassung zu sprechen, wenn man damit auf die Quelle des Verbots, auf das Recht im Gegensatz zur Sitte und Moral, hinweisen will.

In gewissen Fällen verbietet das Gesetz ein „Dulden", „Gestatten". Nach Seligsohn[13]) sollen diese Ausdrücke nicht eine Abart des Begriffs der Unterlassung sein; denn wenn der Wirt, welcher das Verweilen seiner Gäste über die Polizeistunde hinaus duldet, für strafbar erklärt werde, so sei diesem nicht eine positive Tätigkeit zur Pflicht gemacht, sondern es werde eine solche bei Strafe verboten. Der Fehler dieser Auffassung beruht darin, daß in dem „Dulden" eine positive Tätigkeit erblickt wird. „Wer duldet", der nimmt jedoch keine Körperbewegung, also auch keine positive Tätigkeit vor. Das „Dulden" ist vielmehr ein Nichttun. Ist aber ein bestimmtes Nichttun verboten, dann ist immer zugleich damit ein bestimmtes Tun geboten; denn wenn, um bei dem letztgenannten Beispiele zu bleiben, der Gastwirt das Verweilen der Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus nicht dulden soll, so heißt dies, da hier „dulden" den Sinn von „zum Verlassen nicht auffordern" hat, der Wirt soll „nicht zum Verlassen nicht auffordern". Eine doppelte Negation ist aber gleich einer starken Bejahungsform. Somit ergibt sich das Gebot: der Wirt soll zum Verlassen auffordern.

§ 2.

Wann ist das Unterlassen rechtswidrig?

Nachdem der Begriff der Unterlassung entwickelt und hierbei schon festgestellt worden ist, daß im Rechtssinne und somit auch im Sinne des Strafrechts unter Unterlassung stets rechtswidriges willkürliches Nichttun zu verstehen ist, soll nun geprüft werden, wann das Nichttun im Sinne des Strafrechts rechtswidrig ist. Die Praxis[14]) und ein Teil der Rechtslehre verbindet die Untersuchung nach der Rechtswidrigkeit der Unterlassung mit derjenigen nach ihrer Kausalität. So lautet z. B. bei v. Liszt[15]) die Frage: „Wann ist das Unterlassen rechtswidrig, wann steht die Nichthinderung eines Erfolges seiner Verursachung gleich?" Diese Art der Problemstellung würde jedoch zwei verschiedene allgemeine Tatbestandsmerkmale miteinander vermengen. Rohland[16]), der zwischen Rechtswidrigkeit und Kausalität überhaupt keinen Unterschied macht, indem er die Kausalität der Unterlassung darin erblickt, daß der Unterlasser die Möglichkeit und die Pflicht zum Eingreifen besaß, wird deshalb auch von Liszt-Schmidt[17]) bekämpft. Die Kausalität der Unterlassung hängt eben genau so wenig von ihrer Rechtswidrigkeit ab, wie die Rechtswidrigkeit der Unterlassung von ihrer Kausalität. Letzteres ist

[13]) a. a. O., S. 217.
[14]) z. B. RGSt., Bd. 51, S. 12; Bd. 57, S. 159; Bd. 58, S. 245.
[15]) Lehrb. 1903, § 30, S. 137.
[16]) a. a. O., S. 121, 122.
[17]) § 30 II, S. 165, a. a. O.

schon deswegen der Fall, weil nicht jede rechtswidrige Unterlassung einen Erfolg hervorbringt und somit nicht jede rechtswidrige Unterlassung kausal ist. Wenn z. B. eine Polizeiverordnung das Fahren ohne hellbrennende Laterne in der Dunkelheit unter Strafe stellt, dann handelt der Fuhrmann, der entgegen dieser Vorschrift nach Einbruch der Dunkelheit weiterfährt, rechtswidrig. Die Unterlassung ist aber nicht kausal, da keine sinnlich wahrnehmbare Veränderung der Außenwelt, kein Erfolg, eintritt. Wo jedoch die Unterlassung Erfolgsdelikt ist, wo es sich um ein unechtes Unterlassungsdelikt handelt, dort ist die Unterlassung auch kausal. Nach Luden[18]) soll freilich die Unterlassung nie selbst kausal sein, sondern die während der Unterlassung vorgenommene positive Handlung sei die alleinige Ursache des Erfolges. Zum Beweise der Unhaltbarkeit dieser Theorie genügt der Hinweis auf folgendes eigenartige Ergebnis, zu dem man auf Grund der Ansicht Ludens gelangt:

Eine Mutter unterläßt aus Bosheit die Ernährung ihres Kindes, das Kind stirbt, während die Mutter Strümpfe strickt. Nach Luden müßte man nun sagen, das Kind sei an Strümpfestricken gestorben.

Geyer[19]) will der Unterlassung nur dann verursachende Wirkung zuschreiben, wenn die Unterlassung derart psychisch auf Lebewesen, auf Menschen und Tiere, eingewirkt habe, daß diese zu einem für das Ereignis mitverursachenden Verhalten gedrängt worden seien. Der Meinung Geyers kann man sich nicht anschließen. Bei der Frage nach der Kausalität kommt es nicht auf intellektuelle, sondern immer nur auf physische Urheberschaft an.

Nach v. Buri[20]) besteht die Unterlassung in der Unterdrückung oder in der Verhinderung eines Willens, der vom Erfolge abzuhalten sucht. Die Unterlassung sei somit kausal. Sie begründe auch Haftbarkeit für den nichtverhinderten Erfolg. Voraussetzung sei jedoch stets eine vorausgegangene eigene Kausalität, eine vorausgegangene mitverursachende Handlung des Unterlassenden. Diese Einschränkung müsse gemacht werden, weil sonst jede Nichthinderung eines strafrechtlichen Erfolges Haftbarkeit für denselben nach sich ziehen würde.

Der Lehre v. Buris ist schon deshalb nicht beizustimmen, weil sie einseitig ist. Sie brücksichtigt nicht die Fälle, in denen der Unterlassende bei Vornahme der der Unterlassung vorhergehenden Handlung mit einem schädlichen Erfolge zunächst nicht gerechnet hat, später aber nach Kenntnis von dieser Möglichkeit die Abwendung vorsätzlich unterläßt[21]).

Binding[22]) verlangt ebenfalls eine Vorhandlung. Zu dieser müsse als Bedingung der Entschluß hinzukommen, den möglicherweise aus der Vorhandlung entstehenden Erfolg abzuwenden. Werde hinterher diese Bedingung aufgegeben, dann sei das Unterlassen für das eintretende Ereignis kausal.

---

[18]) a. a. O., Bd. 1. S. 467 ff.
[19]) a. a. O., S. 241 ff.
[20]) Ger. S., Bd. 27, S. 6.
[21]) Vgl. Rohland, a. a. O., S. 58.
[22]) Normen II_1, S. 556 ff.

Hierbei ist nicht einzusehen, weshalb dieser Entschluß erst aufgegeben werden muß, und weshalb es nicht genügt, wenn nur die Ausführung des Entschlusses unterlassen wird[23]).

Keine dieser Kausalitätstheorien führt demnach zu einem befriedigenden Ergebnisse. Von „einer Kausalität der Unterlassung" sollte überhaupt nicht gesprochen werden. Das Unterlassen ist wie das Tun nur eine Unterart des Handelns. Die Frage nach der Kausalität der Unterlassung ist also genau so zu behandeln wie die entsprechende Frage beim Tun. Da also m. E. hinsichtlich der Kausalität des Tuns die sine qua non Theorie die richtigere ist, ist auch das Unterlassen dann kausal, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der eingetretene Erfolg entfiele.

An die Untersuchung, wann die Unterlassung kausal ist, schließt sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Unterlassung an. Hierbei bieten die Unterlassungen in den Fällen der sogenannten echten Unterlassungsdelikte (z. B. §§ 123, 139 StGB.) bezüglich ihrer Rechtswidrigkeit keine Schwierigkeiten. Daraus, daß bei diesen Delikten das Unterlassen mit Strafe bedroht ist, kann man unmittelbar aus der Strafsanktion einen Schluß auf die Rechtswidrigkeit der Unterlassung ziehen. Eine Untersuchung, ob die Rechtswidrigkeit hier unmittelbar aus der Strafsanktion oder etwa aus einer außerhalb des Strafgesetzbuchs liegenden Norm folgt, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

Für das Strafrecht relevant und problematisch sind diejenigen Unterlassungen, die einen strafbaren Erfolg herbeiführen, also die Unterlassungen, durch die sogenannte Begehungsdelikte durch Unterlassung begangen werden. Bei diesen ist die Rechtspflicht zur Abwendung des rechtswidrigen Erfolges in der Regel nicht durch das Strafrecht selbst ausgesprochen. Denn die Tendenz des Strafrechts geht nur dahin, ein Tun bei Strafe zu verbieten. Die rechtlichen Gebote dagegen, die ein bestimmtes Handeln zur Pflicht machen, sind fast ausnahmslos auf den Rechtsgebieten außerhalb des Strafrechts ausgesprochen. Es herrscht nun Einstimmigkeit darin, daß die Rechtspflicht zum Tun auch mit Bedeutung für das Strafrecht sowohl aus einer Norm des privaten wie des öffentlichen Rechts folgen kann. Bestritten ist jedoch, ob auch das Gewohnheitsrecht als Rechtspflichtquelle angesehen werden darf. Das einzige ernstliche rechtliche Bedenken gegen die Heranziehung des Gewohnheitsrechts in dieser Hinsicht besteht darin, ob dies mit Art. 116 RV., der § 2 StGB. ersetzt[24]), vereinbar ist. Art. 116 RV. verbietet, eine Handlung, somit auch eine Unterlassung, anders als auf Grund geschriebener Strafrechtsvorschrift mit Strafe zu belegen; er verbietet also nur, eine Handlung gewohnheitsrechtlich für strafbar zu erklären, nicht wendet er sich aber dagegen, eine Handlung auf Grund Gewohnheitsrechts als rechtswidrig hinzustellen. Mayer[25]) hat sich deswegen gegen die Annahme des Gewohnheitsrechts als Rechtspflichtquelle ausgesprochen, „weil es uns ratlos lasse". In der Regel wird es freilich sehr schwierig sein zu entscheiden, ob im konkreten Falle gewohnheitsrechtlich eine Pflicht zum Tun begründet ist. Diese Schwierigkeit berechtigt

[23]) Frank, a. a. O., zu § 1, S. 18, Anmerk. IV.
[24]) Anschütz, a. a. O., zu Art. 116, Anmerk. 3, S. 321.
[25]) a. a. O., S. 192, Anmerk. 1.

aber noch nicht, diese Rechtsquelle gänzlich unbeachtet zu lassen: sie gibt höchstens Anlaß, den Strafrichter zu ermahnen, vor der Anwendung einer gewohnheitsrechtlichen Norm zu einer sorgfältigen Prüfung nach ihrem Bestehen zu schreiten. Solange der Richter Zweifel hegt, hat er nach dem Grundsatze in dubio pro reo freizusprechen.

Demnach lassen sich keine Gründe anführen, die gegen die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Pflicht zum Handeln sprechen würden. Auch v. Liszt-Schmidt[26]) und Frank[27]) halten eine gewohnheitsrechtliche Handlungspflicht für möglich. Frank leitet aus dem Gewohnheitsrecht die spezielle Pflicht des Fuhrwerksbesitzers ab, anzuhalten oder auszuweichen, wenn sein Wagen einen Menschen zu überfahren droht. Nach v. Liszt-Schmidt „dürfte" eine gewohnheitsrechtliche Pflicht zur Erfolgsabwendung für denjenigen bestehen, der durch seine erlaubte Tätigkeit fremde Interessen gefährdet. Eine genaue Abgrenzung des Umfangs der gewohnheitsrechtlichen Handlungspflicht hält v. Liszt-Schmidt für unmöglich. Keinesfalls könne man aber aus vorangegangenem Tun als solchem eine Pflicht zur Erfolgsabwendung herleiten.

Bevor geprüft wird, inwieweit aus vorangegangener Tätigkeit eine gewohnheitsrechtliche Handlungspflicht entspringt, soll untersucht werden, ob die Haftpflicht in derartigen Fällen nicht schon aus dem geschriebenen Gesetze folgt.

Rotering[28]) konstruiert eine allgemeine gesetzliche Handlungspflicht zur Abwendung eines strafrechtlich erheblichen Erfolges aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr folgendermaßen: Zur Rechtswidrigkeit ist nicht unbedingt eine Verletzung fremder Rechte erforderlich. Es genügt vielmehr schon ihre Gefährdung. Dies folgt aus dem Zivilrecht, das gefährdende Handlungen abwendungs- oder schadensersatzpflichtig macht. So ist z. B. der Nachbar zu Schutzmaßregeln oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er durch eine gefährliche Tätigkeit mein Besitztum bedroht. Aber auch mit dem Strafrecht läßt sich eine Gefährdung fremder Interessen nicht vereinbaren. Das ergibt sich daraus, daß das Strafgesetzbuch gemeingefährliche Delikte und einen strafbaren Versuch kennt. Normwidrig ist deshalb nicht nur die Verletzung fremder Rechtssphäre, sondern schon jede Gefährdung derselben. Eine solche Gefährdung muß man beseitigen ohne Rücksicht darauf, ob man sie verschuldet hat oder nicht. Denn jede objektive Gefährdung ist normwidrig. Nachdem Rotering[29]) noch den Begriff der Gefahr auseinandergesetzt hat und zu der Überzeugung gekommen ist, daß es absolut ungefährliche Handlungen nicht gibt, zieht er aus seinen Erörterungen den Schluß: „Die Unterlassung macht verantwortlich, wenn ich eine ob mit, ob ohne meine Schuld hervorgerufene Gefahr nicht beseitige"[30]).

---

[26]) a. a. O., Anmerk. 17, zu § 32 III, S. 180.
[27]) a. a. O., zu § 1, S. 19.
[28]) Ger. S., Bd. 34, S. 206 ff.
[29]) a. a. O., S. 212 ff.
[30]) a. a. O., S. 214.

Rotering bezeichnet die Verletzung fremder Rechte bald als normwidrig, bald als rechtswidrig. Er versteht demnach unter „normwidrig“ Rechtsnormwidrigkeit. Die von Rotering erörterten Handlungen sind aber, wie sogleich dargelegt werden soll, nicht rechtsnormwidrig, nicht rechtswidrig, sondern höchstens sittenwidrig oder moralwidrig. Binding[31]) hatte gelehrt: Die Rechtsnorm bilde stets einen außerhalb des Strafgesetzes stehenden selbständigen Rechtssatz. Hiergegen sind keine Bedenken zu erheben. Nichtzutreffend ist aber die Ansicht Bindings, daß die Norm dem Strafgesetze begrifflich und, wenn auch nicht notwendig, zeitlich vorausgehe. Die Norm als Rechtssatz, als Rechtsnorm, kann immer nur zusammen mit einer Gesetzesbestimmung zur Entstehung gelangen oder wieder aufgehoben werden. Vor dem Inkrafttreten der einzelnen Gesetze oder nach ihrer Aufhebung gibt es höchstens entsprechende Gebote der Sitte, Moralverbote und dergleichen. Nachdem z. B. das Preußische Landesrecht das Spielen in auswärtigen Lotterien gestattet hat, gibt es keine Rechtsnorm mehr, die das außerpreußische Lotteriespiel verbietet. Ja es erscheint gegenwärtig nicht einmal als sittlich verwerflich. Selbst wenn es also, wie Rotering behauptet, eine Norm geben würde, die die Abwendung eines strafrechtlich erheblichen Erfolges aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr zur Pflicht macht, dann würde die Nichtbefolgung dieser Norm, da sie keinen Ausdruck in einem Rechtssatz gefunden hat, noch nicht rechtswidrig sein. Insofern ist man daher berechtigt zu sagen, daß Rotering „normwidrig“ und „rechtswidrig“ verwechselt. Daraus folgt, daß die von Rotering behandelten Fälle nur sitten- oder moralwidrig, nicht aber rechtswidrig sein können.

Hanke[32]) will die Ansicht Roterings stützen, weil das Leben ohne Anerkennung dieser Pflicht seitens der Rechtsordnung nicht bestehen könne. Er setzt zunächst[32]) richtig voraus, daß rechtswidrig ist, was gegen die Rechtsordnung verstößt, fährt dann aber folgendermaßen fort: Da die Rechtsordnung geschaffen ist, die Interessen der einzelnen und ihr Verhältnis zueinander zu schützen, also das Zusammenleben im Staate zu regeln, ist rechtswidrig, was gegen diesen Zweck verstößt.

Gegen diese Deduktion spricht schon der Umstand, daß sie Rechtswidrigkeit mit Zweckwidrigkeit gleichstellt.

Eine Begründung, in der nur eine Erläuterung der behaupteten Ansicht erblickt werden kann, führt v. Schwarze[34]) an, indem er bemerkt: „Die Haftpflicht fließt . . . aus der Verpflichtung . . ., rechtsverletzende Erfolge einer an sich straflosen Handlung selbst dann abzuwenden, wenn sie bei Vornahme nicht vorauszusehen gewesen. Die Nichtabwendung begründet zunächst die äußere Zurechnung, weil die tatsächliche Gestaltung und Entwickelung der Dinge, in welcher der schädliche Erfolg seine Ursache hat, durch die Tätigkeit des Täters bei Vornahme der Handlung bewirkt worden, eine Folge der Handlung ist und sonach nur eine Wirksamkeit und Eigenschaft der Handlung zu Tage tritt, welche

[31]) Norm I, Abt. I, S. 81 ff.
[32]) a. a. O., S. 36.
[33]) a. a. O., S. 38.
[34]) a. a. O., Exkurs VII, S. 43.

ihr gleich anfänglich beigewohnt hat. Mit dieser Wendung der äußeren Verhältnisse tritt an den Täter die Mahnung heran, bekannt werdenden Erfolg seiner Tätigkeit abzuwenden. Diese Unterlassung begründet seine Schuld".

Traeger stellt folgende Lehrmeinung auf: Hat jemand durch schuldlose Handlung einen gefahrdrohenden Zustand herbeigeführt, so ist er verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zur Abwehr schädlicher Folgen zu treffen[35]). Außerdem bestehe eine Rechtspflicht auch für den, in dessen Herrschaftsbereich ein gefahrvoller Zustand eingetreten sei, dem nur er entgegenzutreten vermöge. Ob dieser Zustand durch Zufall oder durch die Schuld eines anderen entstanden sei, sei unerheblich[36]). Zur Rechtfertigung dieser Auffassung führt Traeger[37]) an, daß sie geeignet sei, alle Einwendungen hinfällig zu machen, die bisher gegen die aus unverschuldetem Tun abgeleitete Rechtspflicht zum Handeln vorgebracht worden seien. Indessen sagt Traeger nur, in welchem Falle nach seiner Ansicht und nicht, ob in dem betreffenden Falle auch nach der Rechtsordnung eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Dies geht auch aus seiner Bemerkung hervor: „Selbst in dem Falle trage ich kein Bedenken, Rechtspflicht zu bejahen, daß jemand in Notwehr den Angreifer verletzt, dieser nun hilflos daliegt . . . Der Angegriffene hat wenigstens die Polizei zu benachrichtigen"[38]).

Merkel[39]) nimmt hinsichtlich des in Frage stehenden Problems einen subjektiven Standpunkt ein. Nach ihm haftet man dann für die Folgen seiner Handlung, wenn man dieselben zur Zeit der Vornahme der Handlung als bestimmt oder als möglich vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können. Wer daher straflos bleiben wolle, der müsse den Erfolg, der infolge des schuldhaften Tuns einzutreten drohe, abwenden. Daß aus vorangegangenem schuldlosen Tun keine Rechtspflicht zur Hinderung des Eintritts eines Erfolges hergeleitet werden könne, ohne zu anfechtbaren Bestrafungen zu gelangen, das versucht Merkel an folgendem Beispiele darzulegen: X. stellt in seinem Garten eine Grube her; Y. betritt unbefugt den Garten und stürzt. Wollte man nun, meint Merkel, den X., der dem Y. keine Unterstützung zu teil werden läßt, für die eintretenden Folgen verantwortlich machen, dann müßte man auch den Tagelöhner, der an der Grube gearbeitet und später Hilfe zu bringen unterlassen habe, ja auch den, der dem Tagelöhner die Werkzeuge zu seiner Arbeit geliefert habe, verantwortlich machen; denn alle diese hätten Bedingungen für den Eintritt der Verletzungen gesetzt.

Gewiß kann nur der für die Verursachung eines strafrechtlich erheblichen Erfolges verantwortlich gemacht werden, der ihn schuldhaft herbeigeführt hat. Es trifft auch zu, daß man nach vorherigem schuldhaften Handeln den Eintritt des drohenden strafrechtswidrigen Erfolges abwenden muß, um straflos zu

[35]) a. a. O., S. 104.
[36]) a. a. O., S. 109.
[37]) a. a. O., S. 105.
[38]) a. a. O., S. 106.
[39]) Abhandlungen, S. 84 ff.

bleiben. Man wird aber bei Eintritt des strafrechtlich relevanten Erfolges nicht deswegen bestraft, weil man ihn nicht abgewendet, sondern weil man ihn verursacht hat. Von den Voraussetzungen, von denen Merkel ausgeht, kann man demnach nicht zur Begründung einer Rechtspflicht zum Handeln gelangen. Zudem würde der Standpunkt Merkels die Praxis nicht befriedigen. Nach ihm wäre z. B. straflos, wer in seinem umzäunten Garten bissige Hunde frei herumlaufen ließe und sie nicht zurückriefe, wenn ein Kind unvorhergesehener Weise in den Garten gelangte und nun von den Hunden bedroht und später verletzt werden würde.

In ähnlicher Weise wendet sich Landsberg[40]) gegen die Ansicht Merkels. Aber auch dem objektiven Standpunkte wirft er vor, daß er keine Grundlage im Gesetze habe. Es gäbe keine Rechtsnorm: Du sollst schlimmen Folgen, welche aus deiner Tätigkeit zu entspringen drohen, vorbeugen! Zutreffend bemerkt er hierbei, daß der Roteringsche Satz letzten Endes dazu führe, daß derjenige, der einmal freiwillig tätig geworden ist, nun für alle Zeit verpflichtet sei, jede noch so zufällige Gefahr, die aus der Tätigkeit entstehe, zu beseitigen[41]). Es sei offensichtlich, daß man nicht verantwortlich gemacht werden könne, wenn man einen Dienstmann in eine bestimmte Stadt geschickt habe, dieser sich in ihr niedergelassen und 10 Jahre später dort von einem zufällig herabfallenden Dachziegel erschlagen werde[42]).

Nach Meinung Landsbergs[43]) hätte Rotering und auch Buri[44]) richtig formulieren müssen: Einstehen für solche Folgen, die sich im gewöhnlichen Verlaufe der Dinge leicht an die erste Tätigkeit anschließen oder nur Aufwand nicht zu anstrengender Tätigkeit sind. Selbst dann sei aber noch einzuwenden, daß dieser Satz jeder gesetzlichen Grundlage entbehre.

Landsberg, der bei anderer Gelegenheit[45]) die Ansicht vertritt, daß bei Vorhandensein von Lücken im Gesetz man gezwungen und berechtigt sei, zwecks ihrer Ausfüllung sonst nicht gestattete Mittel anzuwenden, glaubt nun bei dem in Frage stehenden Problem deswegen nicht dazu greifen zu brauchen, weil unsere Gesetze Tätigkeitsgebote genug enthielten. Insbesondere weist er auf die Polizeiverordnungen hin[46]). Diese träfen fast überall wesentlich gleichartige, wenn schon in Einzelheiten verschiedene Vorschriften darüber, wie derjenige sich zu verhalten habe, der sich mit irgend welcher gefährlichen Tätigkeit befasse. Im Anschluß hieran schränkt er jedoch seine Meinung wieder erheblich durch die Bemerkung ein, daß die Polizeiverordnungen zwar lokal verschieden seien, dennoch aber Grund zur Annahme bestehe, daß die wesentlichen Punkte überall in Deutschland irgendwie polizeilich geregelt seien. Damit gäbe uns die Polizeigesetzgebung das, was jener allgemeine Rechtssatz nicht vermochte, nämlich die genaue Grenzbestimmung, bis zu welchem Grade derjenige, der Men-

[40]) a. a. O., S. 264.
[41]) a. a. O., S. 257, 262.
[42]) a. a. O., S. 262.
[43]) a. a. O., S. 266.
[44]) Ger. S. 1869, S. 189 ff., insbes. 200.
[45]) a. a. O., S. 221.
[46]) a. a. O., S. 268.

schen, Tiere, Naturkräfte aller Art in Bewegung setze, verpflichtet werde, daraus entstehende Gefahren abzuwenden.

Man wird wohl mit Recht Zweifel hegen, ob es irgendwo eine Polizeiverordnung gibt, die als Grundlage der Strafbarkeit in jenem vorhergehenden von Merkel angeführten Beispiele dienen könnte. Die Strafbarkeit der fraglichen Handlungen würde, wenn man sich der Auffassung Landsbergs anschließen wollte, überhaupt von der größeren oder geringeren Rührigkeit der Polizeibehörden abhängig sein.

Sturm[47]) will zwischen denen, die eine aus vorangegangenem Tun entspringende Rechtspflicht konstruieren und denen, die eine solche verneinen, vermitteln. Nach ihm muß das vorausgehende Tun schuldhaft sein. Hiervon scheidet er den Fall aus, in dem jemand dolose handelt und dann bewußt und gewollt nichts unternimmt, um den drohenden Erfolg durch Handlungen abzuwenden; denn in diesem Falle handelt es sich, wie Sturm zutreffend bemerkt, um ein reines Begehungsdelikt. Ferner erörtert er den Fall nicht, wo jemand fahrlässig handelt und dann fahrlässig den eingetretenen Erfolg nicht gehindert hat. Auch hier steht nämlich lediglich ein Kommissivdelikt in Frage. Sturm beschäftigt sich also bei der Prüfung nach dem Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln nur mit dem zuerst fahrlässig Handelnden, der dann im Weiterwirken seiner Handlung vorsätzlich zur Abwehr des Erfolges nicht tätig wird, obwohl er dazu imstande ist. Hierbei geht er zunächst davon aus, daß Fahrlässigkeit wie Vorsatz strafbare Willensfehler und somit beide „rechtswidrig" seien. Die Fahrlässigkeit äußere sich in der pflichtwidrigen Nichtkenntnis der verursachenden Bedeutung des Tuns. Zu dem strafbaren Mangel an Vorsicht trete nun in dem zur Erörterung stehenden Falle der Wegfall des Irrtums über einen unbekannten verursachten Erfolg. An dessen Stelle entstehe der Wille eines bestimmten, durch das an sich strafbare Geschehenlassen verursachten Erfolges. Dieser Wille könne nur in der Unterlassung erkennbar werden, und darum sei der Dolus des Unterlassenden in diesem Falle rechtswidrig.

Sturm kennt die rechtliche Schwäche seiner Konstruktion. Er selbst bemerkt[48]), seine Gegner werden einwenden, er lasse den dolus nach rückwärts wirken. In der Tat ist auch der Vorwurf, daß hier der Versuch gemacht werde, dem längst abgetanen dolus subsequens wieder Geltung zu verschaffen, berechtigt. Zur Rechtfertigung seiner Ansicht vermag Sturm nur anzuführen, daß man, falls man ihm nicht beipflichte, gezwungen sei, in offensichtlich strafwürdigen Fällen freizusprechen. Dieses Bedenken soll jedoch erst dann in Erwägung gezogen werden, wenn es sich im Laufe der weiteren Untersuchung herausstellen sollte, daß eine bessere Lösung des Problems, als sie Sturm gegeben hat, nicht gefunden werden könne.

Schließlich mag noch auf Ortmann[49]) verwiesen werden, dem es gleichfalls nicht gelungen ist, unmittelbar aus dem geltenden

[47]) a. a. O., S. 28 ff.

[48]) a. a. O., S. 32.

[49]) a. a. O., S. 465 ff., in: Allgemeine deutsche Strafrichterzeitung 1873; Ger. S. 1874, S. 493 ff.

Rechte darzulegen, wann die Unterlassung rechtswidrig ist. Außerdem befriedigt sein Ergebnis nicht, das er dahin zusammenfaßt, der Unterlassende müsse die Erwartung, er werde die den Erfolg hindernde Handlung vornehmen, so erregen, daß andere hierauf trauend dem Erfolge sich aussetzen oder nicht selbst für Abwendung sorgen; denn die Fälle, die Sturm anführt, erscheinen nicht minder strafwürdig als die Ortmannschen.

Aus der bisherigen Erörterung ergibt sich schon, daß es denjenigen, die sich für eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun einsetzen, nicht einwandfrei gelungen ist, ihre Ansicht aus dem geschriebenen Gesetz zu begründen. Daraus folgt aber noch nicht, daß man nun eine derartige Rechtspflicht verneinen müßte. Es ist bereits früher erwähnt worden, daß auch das Gewohnheitsrecht Rechtsquelle für Rechtspflichten sein könne. Es fragt sich nur, ob und in welchem Umfange auch eine gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Handeln aus vorherigem Tun bestehe. Die heutige Ansicht geht nach der Entwickelung, den der Begriff des Gewohnheitsrechts von den römischen Juristen[50]) über die Kanonisten und die historische Schule genommen hat, dahin, daß zur Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Norm die Bildung einer Rechtsüberzeugung und ihre Betätigung durch gewohnheitsmäßige Übung gehört. Träger des Gewohnheitsrechts ist in erster Linie der zur Schaffung von Rechtssätzen autorisierte Volkswille[51]). Die beste Erkenntnisquelle für das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechtssatzes ist die Rechtsprechung und die Rechtslehre. Nach Ansicht des Reichsgerichts[52]) ist bei Prüfung des Bestehens einer gewohnheitsrechtlichen Norm außer der Tatsache langjähriger Anwendung eines Rechtssatzes auch dessen Übereinstimmung mit der Volksüberzeugung zu berücksichtigen. Da nun oft ein Gesetz, das das Verhältnis der Menschen zueinander regelt, seine Vorstufe in der opinio juris sive necessitatis hat, so ist die Volksüberzeugung am besten daran erkennbar, daß sie durch Volksabstimmung oder durch die Volksvertretung, den Reichstag, zum Gesetz erhoben wird. Für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist also die Prüfung von Bedeutung, inwieweit die Rechtslehre, die Praxis und die die bisherige Rechtsentwickelung zusammenfassenden Entwürfe zum künftigen Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun anerkennen. In der Rechtslehre ist bezüglich unseres Problems der objektive Standpunkt vorherrschend. Außer den angeführten Autoren Rotering, Hanke, Schwarze und Traeger wären noch zu nennen v. Liszt[53]). Nach ihm begründet „insbesondere die Herbeiführung einer Gefahr die Verpflichtung, rechtswidrigen Folgen, solange es noch möglich ist, entgegenzutreten". Ähnlich zieht Buri[54]) aus seiner Abhandlung den Schluß: „Nicht allein, wenn der Erfolg bei Vornahme der Handlung voraussehbar gewesen, muß derselbe abgewendet werden, sondern auch wenn dies nicht der Fall gewesen war." „Die unterlassene Abwendung des Erfolges begründet nur dann die Haftbarkeit, wenn die Abwendung möglich gewesen war."

[50]) Vgl. 1, 3. 32. 1.
[51]) Vgl. Art. 1, Abs. 2, R. Verf.
[52]) R. G. Z., Bd. 12. S. 292.
[53]) Lehrbuch 1897, § 29, S. 128 II. 2.
[54]) Ger. S., Bd. 21, S. 200.

Beling[55]) meint: „Es ist nämlich die Abwendung etwa drohender Veränderungen in der Außenwelt durch positives Eingreifen nur insoweit Rechtspflicht, und somit ein Kommissivdelikt durch Unterlassung" nur insoweit begehbar, als das positive Eingreifen darin besteht, daß jemand willentlich die künftige Abwendung von Gefahren in seine Hand genommen hat, sei es a) daß er durch eine, wenn auch unverbotene oder schuldlose Handlung die Gefahr heraufbeschworen hatte, sei es b) daß er aus freien Stücken eine Schützerrolle übernommen (z. B. ein ausgesetztes Kind zu sich genommen) hatte.

Aus allen diesen Meinungen kann man, wenn man nicht gerade an die wenig besagende Ausdrucksweise Aldossers[56]) denkt, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit in dem „bewußt willkürlichen Wirkenlassen von Bedingungen für einen Erfolg" sieht, direkt oder indirekt überwiegend folgende für unser Problem wichtigen Punkte zusammenstellen:

1. Das vorangegangene Tun kann erlaubt oder unerlaubt sein, bewußt oder unbewußt geschehen.
2. Aus dem Tun muß eine Gefahr entstehen.
3. Die Gefahr muß geeignet sein, einen strafrechtlichen Erfolg herbeizuführen.

Ein Blick in die Rechtspraxis zeigt, daß diese Gesichtspunkte dort ebenfalls bei der Abgrenzung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun leitend sind. Das Reichsgericht faßt in Band 58 S. 132 seine bisherigen Entscheidungen zu dieser Frage in die Worte: „Die Rechtspflicht, liegt . . . nach einem in der Rechtsprechung anerkannten Gewohnheitsrecht in der Regel demjenigen ob, der bewußt oder zunächst unbewußt durch eigene Handlungen Verhältnisse geschaffen hat, die in ihrer Fortentwickelung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführen können, wenn nicht entsprechende Gegenmaßregeln getroffen werden." Schon in RGSt. Bd. 46 S. 343 wird bemerkt: „Eine Rechtspflicht liegt nicht bloß dann vor, wenn im einzelnen Falle das Gesetz ein Handeln vorschreibt, sondern auch, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung annimmt, wenn durch die eigenen Handlungen des Täters eine dem Gesetz widersprechende Lage oder . . . solche Verhältnisse geschaffen worden sind, die in ihrer Fortentwicklung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführten. Hat der Täter die Möglichkeit, diesen Erfolg zu verhindern, so erwächst ihm aus der Vornahme seiner die Ursachenreihe auslösenden Handlung auch die Rechtspflicht dazu." Im einzelnen seien noch folgende die Einheitlichkeit des Standpunkts des Reichsgerichts darlegende Entscheidungen genannt: RGSt. Bd. 17 S. 260 (S. 262); Bd. 51 S. 12; Bd. 24 S. 339; Bd. 37 S. 163 (165); Bd. 57 S. 197; Bd. 45 S. 213f; Bd. 10 S. 101f; Bd. 58 S. 244.

Die Ergebnisse der Rechtsentwickelung, soweit sie das zur Erörterung stehende Problem betreffen, sind auch in den Entwürfen zum neuen Strafgesetzbuch festgestellt und paragraphiert worden. Hier kann gleichfalls die Stellungnahme der einzelnen Entwürfe zu dem Problem als einheitlich bezeichnet werden. Im

[55]) Grundriß, § 20 III.
[56]) a. a. O., S. 124.

Entw. 1919 § 16 heißt es: „Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handlungen zu verhindern. Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat.“ Eine entsprechende Bestimmung enthält auch der amtliche Entwurf von 1927, § 22:

1. „Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, obwohl er hierzu rechtlich verpflichtet ist, wird ebenso bestraft wie jemand, der den Erfolg verursacht.
2. Wer die Gefahr, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, durch seine Tätigkeit herbeiführt, ist verpflichtet, den Erfolg abzuwenden.“

In der Begründung wird hierzu, ähnlich wie im zweiten Teil des amtlichen Entwurfs von 1925[57]) bemerkt: „Wann eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, ergibt sich aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Geboten der gesamten Rechtsordnung, die im Laufe der Entwickelung natürlich auch dazu gelangen kann, Pflichten, die zunächst nur als sittliche Pflichten erscheinen, zur Rechtspflicht zu erheben. So wird in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt. Bd. 24 S. 339) eine Rechtspflicht zum Handeln auch dem auferlegt, der durch vorausgegangenes, sei es auch schuldloses Tun, die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hatte. Diese Ergebnisse der Rechtsentwickelung legt der Entwurf gesetzlich fest. Daß nicht jede, noch so entfernte Bedingung, die jemand durch seine Tätigkeit für den Eintritt eines Erfolges gesetzt hat, eine Pflicht zur Abwendung des Erfolges begründet, ergibt der Wortlaut des § 22 Abs. 2. Denn die Pflicht, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern, wird nur dem auferlegt, der eine nahe Wahrscheinlichkeit, eine „Gefahr“ des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat.“

Aus der in der Rechtslehre vorherrschenden Ansicht, aus der einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts und aus der in Frage kommenden Entwurfsbestimmung, die größter Wahrscheinlichkeit nach zum Gesetz erhoben werden wird, kann man demnach eine gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Handeln für den feststellen, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges verursacht hat. Die vorangegangene Tätigkeit braucht, entgegen der Ansicht von v. Liszt-Schmidt[58]), nicht erlaubt zu sein. Sie kann vielmehr auch widerrechtlich, ja sogar widerrechtlich schuldhaft sein. So ist z. B. derjenige, der jemanden fahrlässig einsperrt, verpflichtet, ihn, nachdem er das Versehen bemerkt hat, freizulassen, andernfalls macht er sich wegen Freiheitsberaubung strafbar (Vergl. RGSt. Bd. 24 S. 229.). Die vorhergehende Tätigkeit darf aber nicht schon an sich strafbar sein. Wer z. B. jemanden schuldhaft widerrechtlich verletzt, ist auf Grund der gefundenen gewohnheitsrechtlichen Norm zur Abwehr weiterer schädlicher Folgen nicht rechtlich verpflichtet. Eine derartige Verpflichtung kann man auch nicht, wie es Traeger[59]) tut, aus

[57]) a. a. O., S. 16.
[58]) a. a. O., Anmerk. 17 zu § 32 III, S. 180.
[59]) a. a. O., S. 96 ff.

§ 249 BGB. herleiten. § 249 BGB. kommt erst zur Anwendung, wenn der volle Schaden bereits eingetreten ist. Der Täter ist dann lediglich zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und nicht auch zur Abwendung weiterer schlimmer Folgen verpflichtet. Es ist auch nicht erklärlich, weshalb diese Verpflichtung, wie Traeger annimmt, für den Täter völlig aufhören soll, wenn der Verletzte sich selbst helfen kann. § 254 BGB. kann man zur Begründung dieser Ansicht nicht anführen. Traeger sucht auch weniger aus rechtlichen, als vielmehr aus Gründen der Vernunft seinen Standpunkt zu rechtfertigen. Er sieht in der Annahme einer Rechtspflicht zur Hilfeleistung auch für den Fall, daß der Verletzte sich selbst helfen kann, eine unerträgliche Einmischung in die Lebensführung anderer. Dies mag zutreffend sein. Es besteht aber, da es an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt, auch für den schuldhaft Verletzenden keine Rechtspflicht zur Hilfeleistung, wenn sich der Verletzte selbst helfen kann. Die Verhinderung eines weiteren strafrechtswidrigen Erfolgseintritts ist freilich für den Täter ratsam, da er zumeist auch für dessen Nichtverhinderung strafrechtlich verantwortlich ist. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß der Täter für den weiteren rechtswidrigen Erfolgseintritt, abgesehen von den durch den Erfolg qualifizierten Delikten, immer nur insoweit bestraft werden kann, als er ihn vorausgesehen hat oder ihn hätte voraussehen können. Die Auffassung Traegers führt dagegen zu einem anderen Ergebnis. Sie würde dem mit dem modernen Strafrecht nicht zu vereinbarenden dolus subsequens zum Siege verhelfen.

v. Liszt[60]) will, auch ohne daß eine Handlung vorherzugehen braucht, aus § 826 BGB. eine allgemeine Nothilfepflicht herleiten. § 826 BGB. erklärt den für schadenersatzpflichtig, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. v. Liszt[61]) meint, diese Bestimmung erhebe die durch die guten Sitten gebotene Pflicht zur Rechtspflicht. Schadenersatzpflichtig sei z. B. derjenige, der einen Blinden, der ahnungslos in einen Abgrund zu stürzen droht, bewußt nicht warnt. Auf Grund dieses gefundenen Ergebnisses wirft nun v. Liszt die Frage auf, ob Menschen, die sich in einer solchen Weise nach Zivilrecht schadenersatzpflichtig gemacht hätten, nicht auch nach Strafrecht strafbar seien. Eine Bejahung dieser Frage erscheint ihm zwar ganz unmöglich, weshalb dergleichen Unterlassungen straflos bleiben müssen, dafür weiß er aber keine Erklärung.

Die v. Liszt'sche Ansicht hat viele Gegner gefunden. Dick[62]) sucht der Annahme einer Rechtspflicht aus § 826 BGB. folgendermaßen entgegenzutreten: § 826 BGB. enthalte nur ein Verbot und nicht auch ein Gebot. Dies lehre schon der Sprachgebrauch, der bei Nichtbefolgung von Geboten, also einem Unterlassen, in der Regel nicht von einem Verstoß hiergegen spräche. Fernerhin folge dies aus der Erwägung, daß das Recht nur die Moralverbote, nicht dagegen auch die Moralgebote, nicht unbeachtet lassen dürfte. Die Beachtung der Moralgebote zu erzielen, sei die Aufgabe der Moralphilosophie und des Gewissens.

[60]) Deliktsobligationen, S. 72 ff.
[61]) a. a. O., S. 72.
[62]) a. a. O., S. 80.

Demgegenüber ist zunächst festzustellen, daß die in § 826 BGB. erwähnte vorsätzliche Schadenszufügung, wie sich aus der kausalen Natur der Unterlassung ergibt, auch durch Unterlassung erfolgen kann. Man braucht nur an den bekannten Fall zu denken, wo jemand einen Dritten zufällig in seiner Wohnung eingeschlossen, einige Tage später von dem bewußten Einschließen erfahren hatte und gleichwohl den Eingeschlossenen nicht freigelassen hat. Auch das Reichsgericht[63]) bemerkt zu § 826 BGB. zutreffend: Ein Verstoß gegen die guten Sitten könne durch Unterlassung auch ohne Verletzung einer Rechtspflicht begangen werden, sofern ein Handeln nach der Anschauung billig denkender Menschen geboten gewesen sei.

Kann man aber auch durch ein Unterlassen, durch ein Nichttun, gegen die guten Sitten verstoßen, verbietet somit die gute Sitte unter Umständen ein bestimmtes Nichttun, so ist positiv ausgedrückt in diesem Falle zugleich ein bestimmtes Tun geboten. Handle ich also durch ein Tun gegen die guten Sitten, dann handle ich einem Verbot zuwider, unterlasse ich dagegen etwas gegen die guten Sitten, dann handle ich einem Gebot entgegen.

Damit wäre die Ansicht Dicks, daß § 826 BGB. nur ein Verbot und nicht auch ein Gebot enthalte, widerlegt. Es fragt sich aber, ob durch § 826 BGB. die betreffende sittliche Pflicht zum Handeln auch zur Rechtspflicht erhoben wird, ob demnach, falls sich jemand durch eine Unterlassung nach § 826 BGB. schadenersatzpflichtig macht, die Unterlassung rechtswidrig oder nur sittenwidrig sei.

Die Ausführungen, die Rümelin[64]) gegen die Lehrmeinung v. Liszt macht, bringen uns der Lösung des Problems nicht näher. Rümelin verneint die Strafbarkeit der Unterlassung in den von Liszt angeführten Beispielen lediglich deshalb, weil diese Handlungen nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Von einem Handeln gegen die guten Sitten könne nur da gesprochen werden, „wo schon ein opinio necessitatis in dem Sinne entstanden sei, daß das Eingreifen der Rechtsordnung gegen gewisse Machinationen als Bedürfnis empfunden wird". Rümelin beschäftigt sich also nur damit, was unter „guten Sitten" zu verstehen sei. Dies interessiert für die vorliegende Untersuchung nicht.

Dagegen müssen die Gesichtspunkte, die Traeger[65]) gegen die v. Liszt'sche Ansicht anführt, einer näheren Prüfung unterzogen werden. Traeger führt aus: Wenn der Gesetzgeber bei Androhung einer Schadenersatzpflicht verbiete, durch eine positive Handlung einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zuzufügen, so sei dieses Verbot gerechtfertigt, weil der gegen die guten Sitten Handelnde der Verursachung des Schadens nahe stehe; denn ohne seine Handlung wäre der Schaden nicht eingetreten. Dagegen sei es unbegründet, wenn man denjenigen schadenersatzpflichtig machen wolle, der nur zufällig in die Lage geraten sei, den Schaden abwehren zu können. Dieser stehe in keiner Beziehung zu der Entstehung des Schadens. Auf seine Mitwirkung bei der Abwehr des Schadens habe niemand

[63]) In einer in JW. 1910, S. 470, v. Dr. Seelig und Hacke mitgeteilten Entscheidung.

[64]) a. a. O., S. 328.

[65]) a. a. O., S. 121 ff.

rechnen können. Zudem würde es einen unerträglichen Rechtszustand bedeuten, wenn nicht der freie Entschluß, sondern ein rechtliches Gebot uns zu sittlichen Handlungen bestimmen sollte. Aber selbst dann würde nach der Traeger'schen Meinung die Vorschrift des § 826 BGB. in den wichtigsten Fällen der Nothilfe, bei Lebensgefährdung, häufig versagen; denn Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht aus § 826 BGB. sei nicht etwa nur die Voraussicht des Erfolges, sondern die Voraussicht des Eintritts eines Vermögensschadens. Derjenige nun aber, der Zeuge eines aufregenden Vorfalles sei, werde nicht gerade an den Vermögensschaden denken, den der Tod des Gefährdeten zur Folge haben werde.

Traegers Erörterung bezweckt darzulegen, wie unbillig, unerträglich und unbefriedigend es wäre, wollte man aus § 826 BGB. das den guten Sitten entsprechende Gebot, Beistand zu leisten, zum rechtlichen Gebot erheben. Zu einer streng juristischen Widerlegung der Ansicht v. Liszts reichen jedoch derartige Betrachtungen noch nicht aus. Es muß untersucht werden, ob § 826 BGB. eine Rechtspflicht zu einem den guten Sitten entsprechenden Handeln auferlegt und nicht, ob und welche unbilligen und unheilvollen Folgen die Annahme einer solchen Rechtspflicht zeitigen würde.

v. Liszt[66]) selbst sucht durch einen ihn freilich nicht befriedigenden Vorschlag die nach seiner Ansicht in § 826 BGB. ausgesprochene Rechtspflicht für das Strafrecht wirkungslos zu machen: Man könne sagen, die Nichtbefolgung der in § 826 BGB. ausgesprochenen Rechtspflicht sei nicht widerrechtlich, sondern nur sittenwidrig. Aus § 826 BGB. könne ja auch sicherlich nicht eine klagbare Verpflichtung zum Tun hergeleitet werden. Andererseits meint aber v. Liszt, daß eine sittliche Pflicht, deren Verletzung Rechtsfolgen nach sich ziehe, eben dadurch zur Rechtspflicht werde. Hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß zivilrechtliche Haftbarkeit und Rechtswidrigkeit nicht identisch sind. Außerdem wird im § 826 BGB. nicht lediglich an die Zuwiderhandlung gegen ein Sittengebot oder Sittenverbot die Schadenersatzpflicht geknüpft, sondern daran, daß man sittenwidrig handelt und dabei weiß und will, daß einen anderen ein Schaden trifft. Die Rechtsordnung wendet sich also nicht bloß gegen den sittenwidrigen Verstoß als solchen, sie macht nicht die Sittenordnung selbst zu ihrem Bestandteil, sondern sie wendet sich gegen die mit der Übertretung eines Sittengebots oder Sittenverbots vorsätzlich verbundene Schädigung eines andern. Die unter § 826 BGB. fallenden Handlungen sind somit nur durch die Sitte verboten oder geboten. Entsprechende rechtliche Verbote oder Gebote dagegen gibt es nicht; die Rechtsordnung mißbilligt diese Handlungen nur, und zwar unter der weiteren Voraussetzung, daß durch sie vorsätzlich einem anderen Schaden zugefügt wird. Daß die in § 826 BGB. gemeinten Handlungen nicht widerrechtlich[67]) sind, hat in

---

[66]) Deliktsobligation, S. 72.

[67]) Für die Widerrechtlichkeit der unter § 826 BGB. fallenden Handlungen haben sich auch, ohne eine Begründung anzuführen, ausgesprochen: Südow-Busch, a. a. O., zu § 823, S. 370, und Haidlen, a. a. O., zu § 823.

besonders scharfsinniger Weise Schoetensack[67]) dargelegt: Die Normen sind weder beliebig dehnbare Begriffe, noch zusammengesetzte Bestandteile, sondern einer weiteren Zerlegung in Unterarten unzugängliche Rechtsbegriffe. Daher können die Normen, die rechtlichen Gebote und Verbote, nur koordiniert und nicht subordiniert sein. Neben dem Verbote der Tötung eines Menschen ist ein besonderes Verbot der Kindestötung logisch unmöglich. Ebenso kann aber auch aus § 826 BGB. nicht das rechtliche Verbot herausgelesen werden: „Du sollst nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen Schaden zufügen"; denn einem solchen Verbote wäre die Norm, die die Aneignung einer fremden Sache, die Tötung eines Menschen und dergleichen verbietet, nicht nebengeordnet, sondern untergeordnet.

Mit Recht nimmt daher Schoetensack an, daß derjenige, der sich nach § 826 BGB. schadenersatzpflichtig macht, nicht widerrechtlich handelt, sondern nur etwas rechtlich Gemißbilligtes tut.

Gegen die Annahme der Widerrechtlichkeit der Handlung des § 826 BGB. haben sich fernerhin ausgesprochen Leipziger Kommentar[69]), Staudinger[70]) und in einer Abhandlung[71]) Oertmann[72]). Diese Auslegung des § 826 BGB. hat auch die Entstehungsgeschichte für sich; § 705 des 1. Entwurfs zum BGB. bestimmte: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem anderen zu Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt." Die Reichstagskommission[73]) hat jedoch bei der endgültigen Fassung des Gesetzes durch einstimmigen Beschluß diese Bestimmung dahin abgeändert, „daß es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand in Ausübung eines formalen Rechts einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt".

Auch die Entstehungsgeschichte des § 826 BGB. spricht demnach dafür, daß die unter § 826 BGB. fallenden Handlungen nur vom Recht gemißbilligt werden. Widerrechtlich ist gemäß § 226 BGB. die Ausübung eines Rechts, von der in dem Reichstagskommissionsbericht die Rede ist, erst dann, wenn sie nur den Zweck haben kann, einen anderen zu schädigen. Dieses weitere Erfordernis ist zur Anwendung des § 826 BGB. nicht erforderlich. Auch die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts[74]) wendet § 826 BGB. auf eine in Ausübung eines Rechts zugefügte Schädigung ohne Rücksicht darauf an, ob eine schikanöse Absicht vorliegt oder nicht.

Gegen die Annahme einer allgemeinen rechtlichen Verpflichtung zur Menschenhilfe hat sich auch Peter Klein[75]) ausgesprochen. Nur für gewisse Sonderfälle treffen seiner Meinung nach die von ihm dargelegten Bedenken nicht zu. Dies sei dann der Fall, wenn A. zufällig von einem dem B. drohenden Schaden,

[67]) a. a. O., S. 12 ff.
[69]) Einleitung, S. 4, Nr. 4.
[70]) a. a. O., zu § 826, S. 1624, Anm. 3a.
[71]) DJZ. 1903. S. 325 ff., insbes. 327 ff.
[72]) Vgl. auch RGZ., Bd. 48, S. 114 ff., Bd. 58, S. 214 ff.
[73]) Bericht, S. 58.
[74]) Vgl. RGZ., Bd. 48, S. 124; Bd. 51, S. 383 ff.; Bd. 55, S. 372; Bd. 56, S 277 ff.
[75]) a. a. O., S. 483.

von einer bevorstehenden Verletzung des B. oder von einer Selbstverletzung des B., sofern dieser ein Kind oder geisteskrank sei, erfahren habe, B. ohne die Menschenhilfe A.'s Schaden nehmen müsse, weil er selbst sich ohne A.'s Menschenhilfe nicht schützen könne, ihm auch nicht mehr von dritter Seite geholfen werden könne, und A bei Leistung der Menschenhilfe sich selbst der Nächste bleiben könne. Dieses letzte Erfordernis hat schon Stammler[76]) aufgestellt, indem er hervorhebt, es würden im Einzelfall alle Bedenken gegen die Herleitung einer Rechtspflicht zur Menschenhilfe aus § 826 BGB. schwinden, „wenn man sich daran erinnere, daß die nach § 826 BGB. auferlegte Pflicht zum Tätigwerden doch auch für den Verpflichteten wieder unter dem zweiten Grundsatze des Rechtens stehe: wonach er bei dem Ausführen sich selbst soll der Nächste bleiben können." Klein will nun die Pflicht zur Menschenhilfe auf eine Pflicht zur Anzeige, zur Benachrichtigung, des Bedrohten beschränken. Um jeden Zweifel auszuschließen, hebt er aber nochmals hervor[77]), daß er in den von ihm angeführten Fällen nur unter der weiteren Voraussetzung eine Verpflichtung zur Anzeige annehme, daß der Anzeigepflichtige den Eintritt des Schadens mit Sicherheit vorausgesehen hat und sich selbst, was ausnahmslos für seine Fälle zuträfe, der Nächste bleiben könne.

Über Kleins Ansicht könnte man höchstens de lege ferenda debattieren. De lege lata ist seine Begründung unhaltbar. An Hand philosophischer Erörterungen versucht er nachzuweisen, daß man nicht mit v. Liszt eine allgemeine Pflicht zur Menschenhilfe annehmen könne. Im Anschluß hieran konstruiert er Fälle, in denen seine eigenen Bedenken nicht zutreffen und meint nun, für diese Fälle ergebe sich aus § 826 BGB. eine rechtliche Pflicht zur Anzeige. Abgesehen von dieser juristisch nicht annehmbaren Begründung wird auch bei der Menschenhilfe durch Anzeigeerstattung der Helfende sich nicht immer selbst der Nächste bleiben können. Nicht selten wird vielmehr auch die bloße Erfüllung einer Anzeigepflicht mit Schwierigkeiten, Opfern, ja mitunter auch mit persönlichen Nachteilen verbunden sein. Außerdem würde lediglich durch eine Anzeige dem Bedrohten, besonders bei Lebensgefährdung, nicht viel geholfen sein. Was nützt es z. B. einem Ertrinkenden, wenn die am Ufer stehenden Menschen einander auf den mit den Wellen Ringenden aufmerksam machen, sich auch zur Polizeibehörde begeben, keiner aber Anstalten trifft, selbst etwas zur Rettung des in wenigen Augenblicken Ertrinkenden zu unternehmen!

Aus § 826 BGB. kann man also in keinem Falle weder eine allgemeine Nothilfepflicht, noch eine allgemeine Pflicht zur Anzeige herleiten. Das geltende Recht enthält überhaupt nur vereinzelt Bestimmungen über Nothilfepflichten. So ist eine Pflicht zur Hilfeleistung nach vorheriger polizeilicher Aufforderung in § 360 Ziff. 10 StGB., bei Waldbränden in § 44 Ziff. 4 des Feld- und Forst-Polizeigesetzes vom 1. 4. 1880 GS. S. 230 / 12. 3. 1925 GS. S. 127 und bei Strandungen in § 9 der Strandungsordnung vom 17. 4. 1874 RGBl.

---

[76]) a. a. O., S. 489.
[77]) a. a. O., S. 491.

S. 73 / 19. 7. 1924 RGBl. S. 667 geregelt. Eine Hilfeleistungspflicht ohne vorherige polizeiliche Anordnung ist hauptsächlich zum Schutze besonders gefährdeter Berufe und für den Fall des Ausbruchs von Seuchen anerkannt. (Vergl. § 5 des Rinderpestgesetzes vom 7. 4. 1869, §§ 204, 205 des Allgemeinen Berggesetzes für die preußischen Staaten vom 24. 6. 1865 GS. S. 705, aus dem Seerecht die Verordnungen vom 15. 8. 1876 / 29. 7. 1889 und das Reichsgesetz vom 2. 6. 1902.) Das außerdeutsche Strafrecht hat dagegen schon im vorigen Jahrhundert Pflichten zur Hilfeleistung bei Lebensgefahr eines Menschen gekannt. (Vergl. Art. 1513 ff. des Russ. Strafgesetzbuchs von 1866, § 199 des Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuchs für das Königreich Dänemark vom 10. 2. 1866. Art. 603 Ziff. 9 und 11 des Spanischen „codigo penal reformado". § 387 Ziff. 1 und 2 des Norwegischen Strafgesetzbuchs, Art. 450 des Niederländischen Strafgesetzbuchs, Art. 479 des Bulgarischen Strafgesetzbuchs und Finnländischen Strafgesetzbuchs vom 19. 12. 1899.) North[78]) will für das Deutsche Strafgesetzbuch eine ähnliche Bestimmung getroffen wissen und faßt seine Ansicht in folgendem Gesetzesvorschlag zusammen: „Mit . . . wird bestraft, wer es vorsätzlich unterläßt, obgleich er ohne erhebliche Gefahr für sich selbst oder Dritte dazu imstande ist, nach bestem Vermögen demjenigen zu helfen, den er in augenscheinlicher Lebensgefahr trifft. Fahrlässige Unterlassung wird mit . . . bestraft. Kommt infolge der Unterlassung der Gefährdete ums Leben, so tritt bei vorsätzlicher Unterlassung die Strafe, bei fahrlässiger jene Strafe ein. Im wesentlichen kann der Unterlassende für den Tod nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn für ihn neben der allgemeinen Nothilfepflicht auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses die Pflicht zum Eingreifen bestanden hat."

Die Forderung einer derartigen Rechtspflicht zum Handeln ist indessen weder berechtigt, noch geboten. North beruft sich zur Begründung seiner Ansicht darauf, daß die Staaten, die bereits eine allgemeine Nothilfepflicht bei Lebensgefahr anerkennen, Kulturstaaten sind und deshalb könnten die ausschlaggebenden Gründe für die gesetzliche Einführung einer allgemeinen Nothilfepflicht für das Deutsche Reich keine anderen sein, als für diese zum Vergleich herangezogenen Staaten; das tatsächliche Bedürfnis nach der Nothilfeleistung sei nämlich bei allen diesen Staaten ein gleich großes.

Hierauf ist zu erwidern, daß es auch unter den Kulturstaaten noch wesentliche Qualitätsunterschiede gibt. Die Kulturstaaten ersten Ranges, zu denen auch Deutschland gehört, suchen in der Erkenntnis, daß da, wo die Stimme des Gewissens versagt, auch das äußere Gebot des Gesetzes machtlos bleiben müsse, den Staatsbürger nicht durch zu ausgedehnte Nothilfepflichten zu schützen. Selbst wenn es aber richtig wäre, daß die Furcht vor Bestrafung stärker sei als die Stimme des Gewissens, so läge es doch nicht im Wesen des modernen Strafrechts, Moralgebote erzwingen zu wollen. Der Gesetzgeber darf nur die Übertretung der Moralverbote nicht straflos lassen; denn dadurch würde er die Unsittlichkeit begünstigen. Die Erzwingung von Moralgeboten da-

[78]) a. a. O., S. 146.

gegen ist nicht Aufgabe der Strafgesetzgebung, sondern die der Moralphilosophie und des Gewissens[79]). So ist auch im § 231 des Entwurfs eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 zwar ein Verbot der Lebensgefährdung ausgesprochen, in keinem der Entwürfe zum neuen Strafgesetzbuch ist aber eine allgemeine Pflicht zur Nothilfe bei Lebensgefahr eines Menschen vorgesehen.

Stübel[80]) hatte einstmals gelehrt, daß vom Standpunkte des Naturrechts eine Pflicht zur Verhinderung des Verbrechens anderer zwar zu verneinen, nach allgemeinem Staatsrecht dagegen zu bejahren sei. Wer ein Verbrechen nicht verhindert habe, obwohl er es habe verhindern können, sei als Miturheber zu bestrafen.

Daß diese Lehrmeinung unbegründet ist, hat schon Feuerbach[81]) erkannt. Nach ihm ist die Nichthinderung eines Verbrechens nur dann ein Unterlassungsdelikt, wenn jemand ein Recht auf Äußerung unserer Tätigkeit hat. Da nun aber die Verbindlichkeit des Staatsbürgers nur auf Unterlassungen gerichtet sei, so setzte ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund voraus. Diese Lehrmeinung ist von wesentlicher Bedeutung für das zur Untersuchung stehende Problem geworden. Auch die gegenwärtig herrschende Ansicht geht dahin, daß eine besonders vom Recht auferlegte Pflicht zum Tun bestehen muß, wenn die entsprechende Unterlassung rechtswidrig sein soll.

Bisher ist dargelegt worden, inwieweit das Gewohnheitsrecht eine Rechtspflicht zum Tun kennt. Nun soll das geschriebene Gesetz zu unserer Frage untersucht werden. Man hat sich bemüht, eine allgemeine Regel zu finden für die Fälle, in denen das Gesetz eine Rechtspflicht zum Tun auferlegt. Alle Bemühungen sind aber bisher vergeblich gewesen. So muß z. B. Horn[82]) am Schluß seiner Abhandlung bekennen: „Es läßt sich keine allgemeine Regel für die Fälle, in welchen eine Verpflichtung zum Handeln vorliegt, aufstellen". Landsberg[83]) hat vor allen anderen „eine langwierige Rundschau" durch das Strafgesetzbuch gehalten. Von seinem Ergebnis sagt er selbst, daß es dürftig sei. Sein Gewinn sei nur ein negativer. Eine positive Regel hat er schon in den Fällen, in denen das Strafgesetzbuch das Kommissivdelikt durch Unterlassung behandelt, nicht finden können.

Es muß demnach in jedem konkreten Falle die Rechtspflicht zum Tun besonders nachgewiesen werden. Ob die Rechtspflicht durch einen Rechtssatz des öffentlichen oder privaten Rechts, des Prozeßrechts oder des materiellen Rechts, durch Gesetz, Rechtsverordnungen oder autonome Satzungen ausgesprochen ist, ist gleichgültig. Bezüglich der letzteren ist nebenbei noch besonders auf die in der Gegenwart zu großer Bedeutung gelangten arbeitsvertraglichen Rechtsquellen, auf die Autonomie, die Tarifverträge und die Betriebsvereinbarungen hinzuweisen.

Der Zweck der vorliegenden Untersuchung ist eine Auseinandersetzung und Vertiefung der bisherigen Lehrmeinungen über die aus dem geschriebenen Recht entspringenden Rechts-

---

[79]) Dick, a. a. O., S. 80.
[80]) a. a. O., S. 62.
[81]) a. a. O., S. 24 und 49.
[82]) a. a. O., S. 49.
[83]) a. a. O., S. 219 ff.

pflichten zum Tun. Die Rechtspflichten, die die Strafgesetze selbst festsetzen (z. B. in § 139 StGB.) interessieren der Einfachheit wegen in diesem Zusammenhange nicht. Problematisch sind nur die Rechtspflichten, die durch außerstrafrechtliche Gesetze ausgesprochen sind. Sind derartige Rechtspflichten ausdrücklich gesetzlich festgelegt, dann sind vielfach noch ihr Inhalt und ihr Umfang zweifelhaft. Besonders strittig sind aber die Rechtspflichten, die sich nur mittelbar aus den außerstrafrechtlichen Gesetzen ergeben. So haben sich alle diejenigen gegen eine Bestrafung aus Vertragsbruch als solchen ausgesprochen, die der Unterlassung selbst keine verursachende Wirkung zugestehen, sondern die Ursache des Erfolges in der der Unterlassung zeitlich vorausgehenden Handlung sehen.

Als Rechtsgrund für die Bestrafung könne nach dieser Ansicht, die besonders von Krug[84]), Glaser[85]) und Merkel[86]) vertreten wird, nur die vorausgegangene Handlung erblickt werden, sofern diese verursachende Wirkung habe, das heiße, sofern die Übernahme der vertraglichen Verpflichtungen andere abgehalten habe, dem drohenden Erfolgseintritte selbst entgegenzuwirken oder sofern andere durch die Verpflichtungsübernahme veranlaßt worden seien, sich der Gefahr auszusetzen.

Die Ansicht Krugs und seiner Anhänger ist, abgesehen davon, daß der Unterlassung, wie längst erkannt worden ist, selbst kausale Wirkung zukommt, weder rechtlich begründet noch praktisch brauchbar. Es ist z. B. nicht einzusehen, warum der einzige anwesende Schiffer, der von einem zufällig des Weges Daherkommenden verpflichtet worden ist, einem mutwilligen Schwimmer insgeheim nachzufahren und erforderlichenfalls Hilfe zu leisten, im Falle schuldhafter Nichterfüllung der vertraglich übernommenen Beistandspflicht nicht bestraft werden soll, während er, wenn er von dem Schwimmer selbst verpflichtet worden, wegen Tötung verantwortlich zu machen wäre[87]).

v. Buri[88]) wendet sich deswegen gegen die Herleitung der Strafbarkeit aus verletzter Vertragspflicht, weil das zivilistische Gebot nur den Eintritt nachteiliger vermögensrechtlicher Folgen und zwar ohne jede Rücksicht auf die eigenen Interessen des Verpflichteten, nicht jedoch mit diesem Gebot nicht im Zusammenhange stehende Erfolge verhindern wolle.

Hierauf ist zu erwidern, daß Gegenstand der Vertragspflicht nicht nur die Abwendung vermögensrechtlicher Nachteile, sondern der Schutz jedes Rechtsgutes einer Person sein kann. Selbstverständlich folgt die Strafbarkeit einer vertragswidrigen Erfolgsherbeiführung nie unmittelbar aus dem Zivilrecht. Dies ist aber auch für die Frage nach der Strafbarkeit der vertragswidrigen Unterlassung nicht wesentlich. Es genügt vielmehr schon die Feststellung, daß auch die zivilrechtliche Vertragspflicht eine Rechtspflicht zum Handeln auferlegt. Inwieweit die Nichterfüllung oder die mangelhafte Erfüllung einer vertraglich ein-

[84]) a. a. O., S. 36.
[85]) a. a. O., S. 313 ff.
[86]) Kriminalistische Abhandlg., Bd. I, S. 88 ff.
[87]) Ähnlich Traeger, a. a. O., S. 86.
[88]) Ger. S. 1877, S. 11. ZStW., S. 412.

gegangenen Verbindlichkeit strafbar ist, das ergibt sich dann aus dem Strafrecht selbst.

v. Bar[89]) sieht in einem Vertragsverhältnisse höchstens die tatsächliche, nicht die rechtliche Grundlage für ein Begehungsdelikt durch Unterlassung. Hierzu ist zu bemerken: der Vertragsbruch an sich kann nicht einmal tatsächliche Grundlage für die Strafbarkeit der Unterlassung bilden. Zur Strafbarkeit ist vielmehr stets erforderlich, daß die Verletzung der Vertragspflicht zugleich einen strafrechtlichen relevanten Erfolg zur Folge hat. In diesem Falle ist dann aber auch die vertragliche Verpflichtung zur Abwendung dieses Erfolges der Rechtsgrund für die Strafbarkeit des Unterlassenden. Auch Landsberg[90]), der besonders große Zweifel an der Möglichkeit der Annahme einer strafrechtlichen Erheblichkeit der Nichterfüllung von vertraglichen Verbindlichkeiten zum Handeln hegt, weil dadurch der Deliktsbegriff von den feinsten Fragen zivilistischer Vertragsgültigkeit abhängig gemacht werde, muß doch schließlich zugeben, daß es nicht gut möglich sei, jedes Gesetz, auch das Zivilgesetz als Rechtsquelle für die Rechtspflicht zum Handeln anzuerkennen und den Vertrag auszuschließen; denn es ist doch einerlei, ob das Privatrecht die Handlungspflicht direkt auferlegt oder ob diese nur mittelbar dann aus dem Gesetze folgt, wenn eine Person sich selbst durch ihren Willen dem Gesetz unterworfen hat. Das Reichsgericht[91]) vertritt in ständiger Rechtsprechung gleichfalls den Standpunkt, daß die Verpflichtung zur Verhinderung eines strafrechtswidrigen Erfolges auch durch Vertrag übernommen werden könne. Die Vertragspflicht kann übrigens sowohl durch ausdrückliche Erklärungen wie durch schlüssige Handlungen zur Entstehung gelangen. Die Ansicht Spangenbergs[92]), daß eine vertragliche Pflicht stets ausdrücklich und bestimmt eingegangen werden müsse, weil Unterstellungen stillschweigender Vertragsabschlüsse zu sicheren Folgerungen nicht führen könnten und somit der schrankenlosesten Willkür Tür und Tor geöffnet werden würde, ist als überholt zu bezeichnen. Die von ihm angeführten Bedenken sind einmal stark übertrieben, sodann sind sie lediglich geeignet, zur Vorsicht bei der Annahme konkludenter Vertragsabschlüsse zu mahnen, nicht aber berechtigen sie zu deren gänzlicher Ablehnung.

Nach Hanke[93]) soll schlüssiges Verhalten die Rechtspflicht zur Hinderung des Eintritts schädlicher Folgen dann begründen, wenn der konkludent Handelnde in dem Vertragsgegner die Erwartung wachgerufen habe, er werde zur Anwendung drohender schädlicher Folgen tätig werden. Ein solcher subjekter Maßstab kann jedoch durch Begründung eines schlüssigen Verhaltens auch dann noch nicht ausreichen, wenn, wie in dem von Hanke zitierten Beispiele der Unterlassende die Erwartung, er werde zur Gefahrabwendung tätig werden, nicht in dem Bedrohten selbst, sondern in anderen erregt hat; denn auch in diesem Falle würde noch der Einwand Spangenbergs Platz greifen, daß nach der Individualität

[89]) a. a. O., S. 91 ff.
[90]) a. a. O., S. 250 ff.
[91]) Vgl. RGSt., Bd. 58, S. 131, Bd. 10, S. 101.
[92]) a. a. O., S. 544.
[93]) a. a. O., S. 61.

der Supponenten die Bestrafung der Unterlassenden verschieden ausfallen müßte. Das entscheidende Gewicht ist also nicht darauf zu legen, was eine bestimmte Person von dem eine Handlung Unterlassenden erwartet hat, sondern nur darauf, wie bei objektiver Beurteilung ein Verhalten auszulegen ist.

Nach einer im Zivilrecht herrschenden Ansicht kann auch aus einem Nichttun, nämlich dem Stillschweigen, der Schluß auf einen bestimmten Willen gezogen werden. Als Willensäußerung wird das Stillschweigen gewöhnlich dann angesehen, wenn abgesehen von ausdrücklicher Gesetzesvorschrift Treu und Glauben eine positive Erklärung erwarten ließ. Dieser Gedanke ist schon in einem Satze des alten corpus juris canonici[94]): „Qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit" ausgesprochen. Eine Vertragspflicht wird also unter Umständen auch durch bloßes Stillschweigen übernommen. Der das Zivilrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben darf aber nicht dahin verstanden werden, daß daraus auch eine Rechtspflicht zum Reden herleitbar ist. Dies ist besonders wesentlich für die Frage, inwieweit jemand durch das Verschweigen von wahren Tatsachen sich des Betruges strafbar macht. Nach der herrschenden Ansicht kann dem zum § 263 StGB. gehörenden Tatbestandsmerkmal der Unterdrückung einer wahren Tatsache durch ein Verschweigen, also ein Nichttun, dann genügt werden, wenn eine rechtliche Verpflichtung zur Mitteilung vorliegt. Eine derartige rechtliche Verpflichtung läßt sich nun, wie auch die Rechtsprechung wiederholt betont hat, aus dem zivilrechtlichen Grundsatze von Treu und Glauben weder bei Eingehung eines Vertragsverhältnisses noch auch innerhalb eines bestehenden Vertrages mit formell anderem Inhalte ableiten. (Vergl. RG. Bd. II S. 5, Bd. 24 S. 216: kein Betrug das Verschweigen der mangelnden Zahlungsfähigkeit bei Kreditgeschäften, RG. Bd. 2 S. 430, Bd. 25 S. 35 und 369: straflos das Verschweigen von Mängeln einer Kaufsache, LG. I Berlin Urt. v. 4. 12. 1925 in JW. 1928, Heft 6, S. 375: kein Betrug eines Angestellten bei Annahme einer nochmaligen irrtümlich von Seiten des Arbeitgebers geleisteten Zahlung. Diese Entscheidung führt aus: „Eine Rechtspflicht zum Reden kann nicht aus dem das Privatrecht beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben und deshalb auch nicht aus sonstigen geschäftlichen Beziehungen der Beteiligten hergeleitet werden. Die Rechtspflicht leitet das AG. unter Hinweis auf § 242 BGB. daraus ab, daß der Angeklagte im Vertragsverhältnis zu den Stahlwerken gestanden habe, die irrtümliche Zahlung die Erfüllung aus jenem Vertrage habe sein sollen und daß zu der aus ungerechtfertigter Bereicherung des Angeklagten entspringenden Verbindlichkeit zur Rückzahlung des erhaltenen Geldes diejenige zur Aufklärung des Irrtums als Teil der Erfüllungspflicht gehört habe. Die Rechtsauffassung, welche zu weittragenden, vom Gesetz nicht gewollten Folgerungen führen müßte, steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des RG., welche die Ableitung einer solchen Rechtspflicht aus dem das Privatrecht beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben ablehnt.")

[94]) In VI To 5, 12, 43.

Im Gegensatz zu dem eben Gesagten stehen die Ausführungen Landsbergs[95]). Nach ihm enthält die bona fides auch die zivilistische Aufforderung zur Mitteilung gewisser Verhältnisse und Umstände, und zwar sowohl für Personen, die einen Vertrag bereits geschlossen haben, wie für solche, die einen Vertrag eingehen wollen und auch für die, die zufällig Miteigentümer oder dergleichen geworden seien. Auf diese Weise werde arglistiges Verschweigen gerade da zivilrechtswidrig, wo es zur Begehung strafbaren Betruges geeignet erscheine, nämlich da, wo ein anderer darauf vertraut habe, daß man ihm so entgegenkommen werde, wie man es von redlichen Menschen zu erwarten pflege. Sobald nun privatrechtlicher dolus gegeben sei, sei er hinreichende Grundlage zur kriminellen Verfolgung des in Unterlassungsform verübten Betruges. Landsberg verkennt zwar nicht, daß sich das zivilrechtliche Gebiet keinesfalls mit dem strafrechtlichen deckt, gleichwohl bleibt er aber bei seiner Ansicht, weil damit dem praktischen Bedürfnisse genügt werden könne. In der Tat drängt die Entwicklung dahin, den zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben auch dem Strafrecht einzuordnen. In der Begründung zu § 310 des Entwurfs von 1925 heißt es: Auch durch ein dem redlichen Verkehr widersprechendes Verschweigen, z. B. bei der Bitte um ein Darlehn durch das Verheimlichen der aussichtslos schlechten Vermögenslage, könne Täuschung begangen werden. Wesentlich sei, daß die Täuschung auf das Verhalten des Betrogenen von Einfluß gewesen sei oder im Falle des Versuchs sein sollte. Nur, wo der Täuschung dieser ursächliche Charakter mangele, liege kein Betrug vor.

Auch dann, wenn der Eintritt des Erfolges bereits begonnen hat, kann noch eine vertragliche Rechtspflicht zum Handeln ausdrücklich oder konkludent übernommen werden. Die Leistung muß jedoch gemäß §§ 306 ff. BGB. z. Zt. des Vertragsabschlusses noch möglich und erlaubt sein. Fernerhin kann die vertragliche Verpflichtung zum Tun mit möglicherweise späteren strafrechtlichen Erheblichkeit auch einem Dritten und nicht bloß dem Verletzten gegenüber bestehen. Das Preußische Obertribunal[96]) hat diese Auffassung nicht geteilt. Auch Frank[97]) äußert sich dahin, daß es nicht angehe, in den Fällen rechtlichen Gebotes, aber nicht vollzogener Erfolgsabwendung, Haftung wegen Verursachung anzunehmen. Wenn z. B. ein Schiffer bei einem Wettschwimmen durch einen zufällig des Weges daherkommenden Sachverständigen, der Gefahr voraussieht, heimlich verpflichtet wird, Hilfe zu leisten und nun schuldhaft keinen Beistand leistet, so hegt Frank zu Unrecht Bedenken, den Verpflichteten wegen Tötung zu bestrafen. Es sind sämtliche Erfordernisse einer strafbaren Handlung gegeben. Der Schiffer wendet den strafrechtswidrigen Erfolg nicht ab, obwohl er es könnte. Er tut also willkürlich etwas nicht. Sein Nichthandeln ist kausal. Denn es kann nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg entfiele. Das Nichtbeistandleisten ist auch rechtswidrig, weil der Schiffer auf Grund des Ver-

[95]) a. a. O., S. 272.
[96]) Goldt. A., Bd. 7, S. 55.
[97]) zu § 1, S. 21.

trages mit dem Sachverständigen zur Hilfeleistung verpflichtet ist. Unter der weiteren Voraussetzung einer Schuld des Verpflichteten ist dieser daher wegen Tötung zu bestrafen. Dieses Ergebnis ist durchaus nicht unbefriedigend. Wenigstens kann man deswegen, weil gerade ein mit dem Schwimmer unbekannter und zufällig zum Wettschwimmen hinzukommender Sachverständiger die Gefahr voraussieht und den Schiffer nur gegen Zusage von 20 Mark zur Beistandsleistung verpflichtet, eine etwaige Verantwortlichkeit des Schiffers wegen Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung nicht unbillig finden.

Wie steht es nun aber mit der vertraglichen Rechtspflicht zum Handeln, wenn der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit, Formmangels, Gesetz- oder Sittenwidrigkeit, wegen Scherz oder Scheins nichtig ist oder wegen eines anderen Willensmangels durch spätere Anfechtung von Anfang an nichtig wird? Entfällt mit der zivilrechtlichen Nichtigkeit des Vertrages, durch den eine Handlungspflicht übernommen worden ist, stets auch die Strafbarkeit des willkürlichen Nichthandelns, obwohl dieses einen strafrechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat? M. E. ist soviel sicher, daß bei Nichtigkeit eines Vertrages keine vertragliche Rechtspflicht zur Abwendung eines schädlichen Erfolges bestehen kann. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Abschluß eines nichtigen oder durch spätere Anfechtung nichtig werdenden Vertrages für das Problem der Unterlassungsdelikte nicht doch von Bedeutung werden kann. Es ist schon mit unserem Rechtsempfinden nicht vereinbar, wenn man z. B. den Bergführer oder den Schwimmlehrer nicht für strafbar erklären wollte, dem sich ein Geisteskranker gegen Entgelt anvertraut hat und der seinem Schützlinge in Gefahr nicht hilft, obwohl er es könnte. Vertraglich ist hier freilich der Bergführer zur Beistandsleistung nicht verpflichtet. Seine Handlungspflicht ergibt sich aber aus dem gewohnheitsrechtlichen Satze: Wer durch seine Tätigkeit die Gefahr, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, hervorgerufen hat, ist verpflichtet, zur Abwendung des Erfolges tätig zu werden. Denn auch in der Erklärung, wodurch sich jemand ausdrücklich oder konkludent zur Gefahrabwendung verpflichtet, liegt eine Tätigkeit. Wenn der Erklärungsempfänger durch die betreffende Erklärung veranlaßt wird, sich selbst oder einen Dritten der Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges auszusetzen, dann ist derjenige, der die Erklärung abgegeben hat, selbst dann zur Abwehr des aus der Gefahr sich entwickelnden strafrechtswidrigen Erfolgseintritts verpflichtet, wenn durch die beiderseitigen Parteierklärungen entgegen der Absicht der Parteien kein Vertrag zustande gekommen oder der Vertrag zwar geschlossen, aber durch spätere Anfechtung nichtig geworden ist. Ja es genügt zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Handlungspflicht schon, daß durch die Abgabe der Verpflichtungserklärung der Eintritt des strafrechtswidrigen Erfolges auch nur gefördert wird. Wenn sich z. B. jemand einem wegen Geisteskrankheit irrtümlich Entmündigten gegen Zusage eines Entgelts verpflichtet, einem mit dem Tode des Ertrinkens ringenden Menschen zur Hilfe zu eilen, und der Entmündigte nun infolge der Übernahme der Verbindlichkeit durch den anderen abgehalten wird, selbst anderweitig Hilfe herbeizuholen, so macht

sich der andere, der später in dem mit den Wellen Ringenden seinen Todfeind erkennt und die Rettung unterläßt, strafbar.

Ob derjenige, der sich vertraglich zu einer Leistung verpflichtet, die Nichtigkeit des Vertrages kennt oder nicht, ist gleichgültig. Ebenso kann die spätere Anfechtung des Vertrages für den Fortfall einer aus der bloßen Verpflichtungserklärung entspringenden Rechtspflicht zum Handeln nur dann von Erheblichkeit sein, wenn der Eintritt des schädlichen Erfolges noch nicht droht oder durch die Erklärung noch nicht weiter gefördert worden ist.

Faßt man das eben Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß trotz Nichtigkeit eines Vertrages eine rechtliche Handlungspflicht dann bestehen kann, wenn durch die auf Abschluß des Vertrages gerichtete Erklärung der Erklärungsempfänger veranlaßt worden ist, sich selbst oder einen Dritten der Gefahr des Eintritts eines Erfolges auszusetzen oder wenn durch die Abgabe der Verpflichtungserklärung der Eintritt eines drohenden Erfolges gefördert wird. Auf Grund desselben gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes kann auch noch nach Ablauf der Vertragsdauer eine rechtliche Verpflichtung zur weiteren Erfüllung der bisherigen vertraglichen Verbindlichkeit sich ergeben. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn die Nichterfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung über den Endpunkt der Vertragsdauer hinaus die Gefahr des Eintritts eines strafrechtlich relevanten Erfolges hervorrufen würde. Mit Recht hat daher auch das Reichsgericht[98]) das Fortbestehen einer Rechtspflicht in einem Falle ausgesprochen, in dem der Pflegevertrag abgelaufen war und die zur Zurücknahme des Pflegekindes verpflichtete Gemeinde sich trotz wiederholter Aufforderung geweigert hatte, die weitere Fürsorge für das Pflegekind zu übernehmen. Bestritten ist ferner, ob die durch Vertrag oder auch durch Amt übernommene Rechtspflicht eine besondere sein muß oder ob sie auch allgemeiner Art sein kann. Krug[99]) ist der Ansicht, daß Inhalt der Rechtspflicht stets eine bestimmte, gerade von dem Verpflichteten vorzunehmende Handlung sein müsse, die auf ein bestimmtes im voraus erwartetes Ereignis gerichtet sei. Deshalb könne der Nachtwächter, der den Ausbruch eines Feuers entdecke und es vorsätzlich oder fahrlässig nicht lösche, nicht wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Brandstiftung bestraft werden.

Dieser Meinung kann nicht beigestimmt werden. Zum Pflichtenkreise eines Nachtwächters gehört auch die Verhinderung von Bränden, die während seiner Dienstzeit entstehen. Soweit der Wächter hierzu nicht imstande ist, muß er wenigstens Feuerlärm schlagen. Daß diese Pflicht nur eine von vielen anderen Pflichten ist und daß sie nicht ausdrücklich bei Vertragsabschluß genannt wird, sondern sich aus der allgemein gefaßten Pflicht ergibt, für Ruhe und Sicherheit der Person und des Eigentums der Mitmenschen zur Nachtzeit zu sorgen, ist unerheblich.

Die Rechtspflicht aus Vertrag braucht überhaupt von Anfang an nicht darauf gerichtet zu sein, schädliche Folgen der eingetretenen Art abzuwehren.

[98]) RGSt., Bd. 16, S. 260 ff.
[99]) Abhandlung aus dem Strafrecht, S. 106.

In derartigen Fällen wird freilich der Unterlassende meistens deswegen nicht strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können, weil er den Eintritt des in Frage stehenden Erfolges nicht verschuldet haben wird. So wird man z. B. einen Darlehnsschuldner, wenn er nicht pünktlich das Darlehn zurückzahlt und infolgedessen der Darlehnsgläubiger seinem schwerkranken Kinde nicht die nötige Pflege angedeihen lassen kann, so daß dieses stirbt, wohl kaum wegen Tötung bestrafen können. Eine solche Folge kann, abgesehen von der Schwierigkeit des Nachweises eines Kausalzusammenhangs, in der Regel nicht einmal vom einsichtigsten Menschen vorausgesehen werden. In einem ähnlichen Sinne nimmt Traeger[100]) zu der aufgeworfenen Frage Stellung.

Bei Nichtigkeit eines Vertrages, aus dem bei Vertragsgültigkeit eine Rechtspflicht entspringt, die nicht von Anfang an darauf gerichtet ist, schädliche Folgen der eingetretenen Art abzuwehren oder bei Nichtigkeit eines Vertrages, dessen Zweck, wie z. B. beim Kaufvertrag, gewöhnlich nicht darauf gerichtet ist, schädliche Folgen von einem Objekt abzuwenden, kann regelmäßig auch aus dem gewohnheitsrechtlichen Satze keine Handlungspflicht entnommen werden. Denn in diesen Fällen ist es nicht gut möglich, daß aus der die Verpflichtungsübernahme enthaltenen Erklärung für sich allein eine Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges entspringen könnte. Unter „Gefahr" des Eintritts eines bestimmten Erfolges im Sinne des entwickelten Gewohnheitsrechtssatzes hat man nämlich zwar nicht den Eintritt eines einzigen Erfolges zu verstehen, es können vielmehr auch mehrere Erfolge drohen, stets aber muß, wie auch der Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch sagt, der Eintritt der Erfolge mit naher Wahrscheinlichkeit bevorstehen. Es muß also immer sogleich feststellbar sein, was für ein Erfolg droht und welchem Objekt er droht. In diesem Falle mahnen dann die Strafandrohungen des Strafrechts den Verpflichteten zur Abwendung der Gefahr. Es geht zu weit, wenn Fischer[101]) erklärt, daß nicht einmal das Bestehen einer ausdrücklichen rechtlichen Verpflichtung zum Schutze des Verletzten genügt. Als Beispiel führt er folgenden Fall an: Jemand verdingt sich als Wächter für einen Garten, schläft während seiner Dienstzeit ein, es steigen Leute in den Garten und beschädigen die Anlagen.

Oder der Sachverhalt liegt so, daß der Wächter den Eindringlingen, ohne sich zu rühren, zusieht, weil er es nicht wagt, sie fortzujagen. Soll der Wächter nun, fragt Fischer, wegen Sachbeschädigung strafbar sein? Hierauf ist freilich zu erwidern, daß der Wächter, wenn auch sein Verhalten rechtswidrig ist, sich in keinem Falle strafbar macht. Denn im ersten Falle liegt nur fahrlässige Sachbeschädigung durch Unterlassung, im zweiten Falle nur zivilrechtlich haftbarmachender Notstand vor[102]).

Die Beispiele, die Fischer wählt, berechtigen aber noch nicht zur generellen Folgerung, daß die Übernahme einer ausdrücklichen rechtlichen Verpflichtung nie einen strafrechtlichen Schutz für

[100]) a. a. O., S. 93.
[101]) ZStRW., Bd. 23, S. 462.
[102]) Ähnlich auch Traeger, S. 92, a. a. O.

ein Objekt begründen könne. Denn wenn z. B. der Wächter einer Sache es trotz Möglichkeit der Verhinderung bewußtermaßen zuläßt, daß die Sache von dritten Personen gestohlen wird, dann ist er, wie das Reichsgericht[103]) wiederholt entschieden hat, wegen Beihilfe, begangen durch Unterlassung, wegen sogenannter negativer Beihilfe zum Diebstahl strafbar.

Die zivilrechtliche Erzwingbarkeit oder Nichterzwingbarkeit einer Obligaton (vergl. z. B. § 828 Abs. 2 ZPO.) ist für die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Unterlassung unerheblich. Die sogenannten Naturalobligationen, die natürlichen Verbindlichkeiten aus Spiel, Wette, Differenzgeschäft und dergleichen, die nach Zivilrecht klaglos, aber erfüllbar sind, können jedoch, ebenso wie die nichtigen oder unwirksamen Verträge, strafrechtlich für die Unterlassungslehre nur dann von Bedeutung sein, wenn solche Umstände vorliegen, die die natürliche Verbindlichkeit gewohnheitsrechtlich zur Rechtspflicht erheben. Bei verjährten Ansprüchen dagegen besteht für den Schuldner die vertragliche Verpflichtung zur Leistung solange fort, bis er die Einrede der Verjährung geltend macht.

Außer aus Vertrag können Rechtspflichten mittelbar aus dem Privatrecht sich dann ergeben, wenn jemand im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag tätig wird. Gemäß § 677 BGB. ist der Geschäftsführer ohne Auftrag zunächst verpflichtet, das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. An sich darf der Geschäftsführer jederzeit von der Geschäftsbesorgung zurücktreten. Droht jedoch aus der Nichtfortsetzung der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn der Eintritt eines Schadens, der ohne das Dazwischentreten des Geschäftsführers nicht entstanden sein würde, dann ist dieser zur Ergreifung von Gegenmaßregeln verpflichtet[104]). So ergibt sich auch für den Arzt, der bei der ersten Hilfeleistung den Körper eines verunglückten bewußtlosen Menschen zu Operationszwecken geöffnet hat, die Rechtspflicht, die Wunde wieder zu schließen. Selbstverständlich ist derjenige, der zur Abwehr einer schon vorhandenen Gefahr tätig wird und dabei selbst keine weitere Gefahr hervorruft, nicht verpflichtet, bis zur Beseitigung der Gefahr tätig zu sein. Klee[105]) will allerdings auch in derartigen Fällen eine Pflicht zur weiteren Tätigkeit herleiten. Eine solche Rechtspflicht läßt sich jedoch nicht einmal de lege ferenda rechtfertigen. Denn wie auch Frank[106]) hervorhebt, wäre die Folge davon die, daß sich jedermann scheuen würde, einem Hilfebedürftigen zur Hilfe zu kommen.

Eine besondere Erwähnung verdienen noch die Rechtspflichten, die aus einem vom Gesetz einer Person auferlegten Pflichtenkreise entspringen. Bei diesen Rechtspflichten ist vielfach ihr Umfang und ihr Inhalt zweifelhaft. Die Meinung Spangenbergs[107]) hinsichtlich dieser Gruppe von Rechtspflichten kann man heute als

[103]) Vgl. RGSt., Bd. 11, S. 153; Bd. 56, S. 168.
[104]) Ähnlich Landsberg, a. a. O., S. 271.
[105]) Goldt. A., Bd. 62, S. 421.
[106]) a. a. O., zu § 1, S. 20.
[107]) a. a. O., S. 536, 540, 542.

veraltet bezeichnen. Er will nämlich aus jedem rechtlichen Verhältnisse, das zwischen gewissen Personen, z. B. zwischen Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, zwischen Vormund und Mündel ein besonders inniges Band knüpft, die Verpflichtung zum möglichen Schutz und zur Hilfe herleiten und dies selbst dann, wenn die Verpflichtung im einzelnen auch nicht förmlich durch Gesetz ausgesprochen sei.

Diese letzte Bemerkung Spangenbergs befremdet um so mehr, als er kurz vorher an einer anderen Stelle seiner Abhandlung es gerade gerügt hat, daß man bei der Erörterung des von ihm behandelten Themas stets in Versuchung gekommen sei, allgemeine moralische Pflichten mit rechtlichen Verpflichtungen zu verwechseln oder politische Rücksichten anstatt der rechtlichen zu befolgen. Spangenberg verläßt nun aber gleichfalls die Bahn des Rechts, wenn er bei der Entwickelung seiner eigenen Ansicht übersieht, daß ein persönliches Rechtsverhältnis nur aus derjenigen Summe von Rechtsbeziehungen besteht, die das Recht ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt. Ein Rechtsverhältnis selbst kann zwar wiederum Quelle neuer moralischer, nie aber neuer rechtlicher Pflichten sein. Übertritt man einmal die feste Schranke des Rechts, dann gelangt man leicht zu willkürlichen und undurchführbaren Ansichten. Dies zeigt sich gerade bei Spangenberg. Er erklärt nämlich für strafbar sogar die juristischen Personen, wenn sie ein Verbrechen, welches an ihren Schützlingen verübt werden soll, nicht hindern oder das an ihnen begangene Verbrechen nicht anzeigen. Für die strafrechtliche Unterlassungslehre können indessen nur Rechtsverhältnisse zwischen natürlichen Personen in Betracht kommen, so z. B. das Verwandtschafts-, Vormundschafts-, Beamtenverhältnis, die rechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Fernerhin entspringen aus einem Rechtsverhältnisse nur die Rechtspflichten, die das Gesetz den Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend auferlegt. Eine allgemeine Abgrenzung des Umfangs der einzelnen rechtlichen Pflichtenkreise ist zwar unmöglich, es trifft aber andererseits kaum zu, daß, wie Sturm[108]) annimmt, die sogenannten vertraglichen oder gesetzlichen Zustandspflichten, z. B. die des Vormundes, der Mutter, des Alpenführers eine Verpflichtung zu „unendlichen Handlungen" enthalten. Man muß vielmehr auch bezüglich dieser Personen stets von Fall zu Fall prüfen, inwieweit das Gesetz ihnen eine Rechtspflicht zum Tun auferlegt. Mit der bisherigen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung kann man unter anderem eine Rechtspflicht für gegeben erachten: für die Eltern zur Abwendung eines dem minderjährigen Kinde drohenden körperlichen Schadens[109]); für die Großmutter zur persönlichen Fürsorge für ihr Enkelkind, falls dies zum Unterhalt des letzteren erforderlich und die zunächst verpflichtete Mutter dazu nicht imstande ist[110]). Hierzu macht das Reichsgericht noch folgende treffende Ausführungen: § 1612 BGB. räumt den Unterhaltsberechtigten zwar nur das Recht ein, den

[108]) a. a. O., S. 45, Anmerk. 1.
[109]) Vgl. § 1627, 1634 BGB. und RGSt., Bd. 26, S. 78.
[110]) RGSt., Bd. 39, S. 397, 399.

Unterhalt in Form einer Geldrente zu verlangen, dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß nach dem Inhalte des aus der Verwandtschaft beruhenden Schuldverhältnisses diejenige Art der Erfüllung vorgeschrieben ist, die für die Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten allein in Betracht kommt. Ist daher die Geldleistung dem Zwecke, den Berechtigten zu unterhalten, nicht förderlich oder ist sie dem Berechtigten nicht erreichbar, dann kann die Unterhaltspflicht auch zu solchen Handlungen verpflichten, die, wie z. B. die Verabfolgung von Nahrung oder persönliche Dienstleistungen jeder Art, zur Lebenserhaltung unbedingt notwendig sind.

Aus einem Schwägerschaftsverhältnis entsteht dagegen nie eine Rechtspflicht zum fürsorglichen Handeln. Das Reichsgericht[111]) hält den Schwager einer unterhaltsbedürftigen Person selbst dann nicht zur Fürsorge für den Unterhaltsbedürftigen für verpflichtet, wenn dieser sich in der dem Schwager gehörenden Wohnung befindet. Wohl aber ergibt sich, wie gleichfalls in dieser Reichsgerichtsentscheidung bemerkt wird, aus der natürlichen Vaterschaft eine Handlungspflicht (vergl. §§ 1708 f. BGB.) und zwar schon dann, wenn der Verpflichtete auch nur mit der Möglichkeit seiner Vaterschaft rechnet. Nach RG. im JW. 1929 S. 47 macht sich die uneheliche Mutter, die die Zuziehung einer Geburtshilfe hindert, gegebenenfalls wegen Kindestötung strafbar.

Solange die Kinder minderjährig sind, besteht für die Eltern auf Grund ihrer Erziehungsgewalt, die ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist, die Pflicht zum Einschreiten gegen ein unzüchtiges Treiben der Kinder (Vergl. §§ 1627, 1631 BGB.). Nach Eintritt der Volljährigkeit sind die Eltern hingegen hierzu nur noch moralisch verpflichtet[112]). Der wiederholt vom Reichsgericht[113]) vertretenen Ansicht, daß der Hausherr gegenüber allen Familienangehörigen, auch der Hausfrau gegenüber und gegenüber den Dienstboten zur Verhinderung unzüchtigen Treibens rechtlich verpflichtet ist, kann nicht beigestimmt werden. Eine Rechtspflicht in diesem Umfange läßt sich weder aus dem geschriebenen Gesetze noch aus dem Gewohnheitsrecht herleiten. Auch auf Grund des § 1354 BGB., der dem Manne das Entscheidungsrecht in allen das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, insbesondere die Bestimmung von Wohnort und Wohnung einräumt, kann entgegen dem Standpunkte des Reichsgerichts keine rechtliche Verpflichtung des Mannes, seine Frau von der Ausübung des Unzuchtsbetriebes abzuhalten, konstruiert werden. § 1354 BGB. legt dem Manne keine Pflichten auf, sondern gibt ihm ein Recht. Auf Rechte kann man aber verzichten. Derselbe Einwand ist Schimmelbusch[114]) entgegenzuhalten, der § 1353 BGB. zur Begründung seiner Ansicht heranzieht.

Inwieweit aus einem arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnisse für den Arbeitgeber oder dessen Vertreter eine Pflicht zur Ver-

---

[111]) In JW. 1920, S. 912.
[112]) RGSt., Bd. 40, S. 165.
[113]) RGSt., Bd. 7, S. 122; Bd. 22, S. 332 ff. und RG. im Goldt. A., Bd. 53, S. 164.
[114]) a. a. O., S. 76.

hinderung strafbarer Handlungen besteht, wird in RGSt. Bd. 58 S. 131 ausgeführt:

Für die Leitungs- und Aufsichtsorgane eines Gewerbebetriebes folgt die rechtliche Verpflichtung zur Verhinderung strafbarer Handlungen, die durch die im Betriebe Beschäftigten bei der Ausübung des Gewerbes begangen zu werden drohen, meist schon ohne weiteres aus der von ihnen übernommenen Stellung. Denn soweit sie Obliegenheiten des Betriebsinhabers zu besorgen haben, müssen sie auch die diesem vom Gesetz auferlegten Pflichten erfüllen. Hinsichtlich des Umfanges der für die Leitungs- und Aufsichtsorgane bestehenden Rechtspflicht zur Verhinderung strafbarer Handlungen ist innerhalb des ihnen erteilten Auftrages in erster Linie der Umfang der dem Gewerbetreibenden selbst obliegenden gesetzlichen Pflichten maßgebend. Soweit von den im Betriebe beschäftigten Personen nicht gegen eine an den Betriebsinhaber selbst gerichtete Sondervorschrift (z. B. § 146 GewO.), sondern gegen ein allgemeines Strafgesetz verstoßen wird, kann man den Gewerbeinhaber strafrechtlich nicht verantwortlich machen. Das Vorgesetztenverhältnis allein kann für diese Fälle nicht von Bedeutung sein. Es besteht auch für den Betriebsinhaber keine allgemeine, unter allen Umständen vorliegende Verpflichtung zur Überwachung der mit Betriebsarbeit beauftragten Personen. Strafbar macht sich jedoch der Auftraggeber dann, wenn er einen vom Beauftragten verursachten Erfolg schuldhaft dadurch mit verursacht, daß er den Beauftragten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt hat oder schuldhaft pflichtwidrig gewisse Arbeiten nicht überwacht oder nachgeprüft hat. Zusammenfassend bemerkt demnach das Reichsgericht: „Hiernach ist eine nach den Umständen des Einzelfalles sich bemessende Rechtspflicht des Auftraggebers zur Verhinderung strafbarer Handlungen des Beauftragten anerkannt, die sich als Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und als Pflicht zu einer nach den Umständen möglichen und erforderlichen Beaufsichtigung des Beauftragten und Überwachung der Arbeiten des Betriebes darstellt."

Mit der Ausübung eines jeden Berufes und einer jeden Kunst sind mannigfache Rechtspflichten verknüpft. So ist z. B. der Arzt oder ein anderer Heilkundiger, der die Behandlung eines Kranken übernimmt, verpflichtet, nach dem Maße seiner Kenntnisse alles in seinen Kräften Stehende zur Heilung des Kranken aufzubieten. Jeder schuldhafte Verstoß hiergegen macht strafrechtlich verantwortlich. Gleichgültig ist, nach welcher Methode die Behandlung ausgeübt worden ist und ob hierbei die Grundsätze der medizinischen Wissenschaft oder irgend welche andere zur Anwendung gekommen sind[115]). In RGSt. Bd. 50, S. 300 wird ein Gastwirt der Hehlerei, begangen durch Mitwirken zum Absatz gestohlener Sachen, für strafbar erklärt, wenn er in seinen Gasträumen die Ausstellung dieser Sachen duldet. Die Rechtspflicht zum Einschreiten entnimmt das Reichsgericht nicht dem Umstande, daß der Gastwirt in den Gasträumen das Hausrecht hat, sondern den §§ 33 Abs. 2 Nr. 1, 53 Abs. 2 GewO.

---

[115]) Vgl. RGSt., Bd. 50, S. 41.

Von den durch das öffentliche Recht geschaffenen Pflichtenkreisen ist noch kurz das Beamtenverhältnis zu erwähnen. Für jeden Beamten entstehen mit der Wirksamkeit des Anstellungsvertrages die verschiedensten Handlungspflichten. Zu den Pflichten eines Polizeibeamten z. B. gehört, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung einer dem Publikum drohenden Gefahr erforderlich sind. (Vergl. § 10, II, 17 ALR.) Mit Recht wird daher in der Begründung zu § 133 des amtlichen Entwurfs, II. Teil 1925, S. 74 ein Polizeibeamter für rechtlich verpflichtet gehalten, das Publikum zu warnen, wenn er amtlich Kunde erhält, daß ein gewerbsmäßiger Schwindler in der Gegend auftritt oder daß jemand Kinder in unsittlicher Absicht an sich zu locken sucht. Tut er es nicht, dann kann er unter Umständen wegen negativer Beihilfe bestraft werden.

§ 3.

Die deliktischen Erscheinungsformen der rechtswidrigen Unterlassung.

Nachdem untersucht worden ist, wann die Unterlassung rechtswidrig ist, soll nun geprüft werden, in welchen deliktischen Erscheinungsformen die rechtswidrige Unterlassung vorkommen kann. Während unzweifelhaft strafbare Anstiftung zu einem Unterlassungsdelikt möglich ist, herrscht Streit darüber, ob durch eine Unterlassung zu einer strafbaren Handlung angestiftet werden kann. Schimmelbusch[116]) verneint dies: Unter „bestimmen" im Sinne des § 48 StGB. könne mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nur verstanden werden, daß in einem anderen der Entschluß zur Begehung einer strafbaren Handlung hervorgerufen werde. Einen Entschluß könne man aber in jemandem nur durch ein rein aktives Verhalten rege machen.

Diese Ansicht stellt lediglich eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung dar.

Schimmelbusch irrt auch, wenn er glaubt, daß schon aus dem vom Gesetz selbst aufgezählten Anstiftungsmittel hervorgeht, daß der Gesetzgeber nicht an ein passives Verhalten auf Seiten des Anstifters denkt. Gerade daraus, daß das Gesetz die absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums erwähnt, folgt, daß Anstiftung durch Unterlassung begangen werden kann. Allerdings muß v. Zahn[117]) zugestimmt werden, wenn er bemerkt, daß durch eine Unterlassung ein Irrtum nur dann herbeigeführt oder befördert werden könne, wenn „der Bestimmte" das Tätigwerden des Unterlassenden erwartet hat oder habe erwarten dürfen. Eine Anstiftung durch Unterlassung ist z. B. im folgenden Falle anzunehmen:

Ein Ehemann A. vermutet irrtümlich, daß ihn seine Frau B. hintergehe. Ein Dritter D., der der Frau übel gesinnt ist und der

---

[116]) a. a. O., S. 55 ff.
[117]) Ger. S., Bd. 69, S. 50 ff.

weiß, daß der Mann die Frau töten würde, wenn ihm von jemandem seine Vermutung bestätigt werden würde, sagt zu A.: „Ich werde Deiner Frau heute nachgehen. Bin ich um 8 Uhr nicht wieder bei Dir, dann ist Deine Frau nicht, wie sie immer vorgibt, zu ihrer Freundin gegangen, sondern zu dem Herrn C". Benachrichtigt nun D., obwohl er sich überzeugt hat, daß die B. tatsächlich ihre Freundin aufgesucht hat, absichtlich nicht den A., und tötet daraufhin A. die heimkehrende B., so ist D. gemäß § 48 StGB. als Anstifter zu bestrafen.

Auch abgesehen vom Falle des Irrtums kann durch Unterlassung angestiftet werden. Alberti[118]) führt hierzu aus: „Wenn Vater A. zum Sohne sagt: „Ich weiß noch nicht, ob man den B. töten soll. Ich werde mich entschließen, während er die Strecke passiert. Schweige ich, bis er sie zurückgelegt hat, so schieße auf ihn, sobald er weiter geht". Schießt nun der Sohn, veranlaßt durch das Schweigen in Verbindung mit der Autorität des Vaters den A. tot, so wird eine durch Unterlassung bewirkte Anstiftung nicht zu bezweifeln sein."

Dieser Ansicht kann man beipflichten. Jedoch darf nicht übersehen werden, daß A. seinen Sohn nicht lediglich durch sein Schweigen, sondern durch dieses in Verbindung mit seinen vorhergegangenen Reden zu der Tat angestiftet hat. Denn hätte A. zu seinem Sohne über B. nicht gesprochen, dann wäre in dem Sohne, als B. die Strecke passierte und A. schwieg, nicht der Entschluß erwacht, den B. zu töten.

Die Frage, ob durch eine Unterlassung strafbare Beihilfe begangen werden könne, ist gleichfalls zu bejahen und zwar ist mit der in der Theorie[119]) und Praxis[120]) herrschenden Ansicht davon auszugehen, daß auf die Beihilfe durch Unterlassung dieselben Regeln Anwendung finden wie auf die Begehung durch Unterlassung. Die Beihilfe durch Unterlassung ist demnach dann begangen, wenn der Unterlassende rechtlich verpflichtet gewesen ist, den Erfolg abzuwenden. Gegen diese von Frank[119]) als negative Beihilfe bezeichnete Beihilfe durch Unterlassung kämpft Alberti[121]) an. Er meint, negative Beihilfe sei gleich Null. Denn eine Unterlassung könne man nie als „Tat" im Sinne des § 49 StGB. bezeichnen.

Diese Ansicht ist unbegründet. Mit dem Ausdruck „durch Tat" ist jedes die Handlung des Täters fördernde Verhalten gemeint. Da nun die Unterlassung in einem willkürlichen Körperverhalten besteht, also Tätigkeit ist, ist sie nach ihrer Vollendung auch „Tat" im Sinne des § 49 StGB.

Von der Frage, ob Beihilfe *durch* eine Unterlassung möglich sei, ist die Frage zu unterscheiden, ob Beihilfe *zur* Begehung eines Unterlassungsdelikts geleistet werden könne. Schimmelbusch[122]) vertritt hier den Standpunkt, daß Beihilfe „bei einem rein passiven Verhalten als einem inneren Akte" undenkbar sei.

---

[118]) a. a. O., S. 89.

[119]) Vgl. Rümelin, a. a. O., S. 284; Frank, zu § 49, S. 11; Entw. II. Teil, 1925, zu § 26, S. 27.

[120]) RGSt., Bd. 11, S. 153; RMG., Bd. 9, S. 240.

[121]) a. a. O., S. 94.

[122]) a. a. O., S. 55.

Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb zu einem inneren Verhalten nicht zum mindesten durch Rat Beihilfe geleiset werden kann.

Nach v. Zahn[123]) soll Beihilfe zu echten Unterlassungsdelikten im allgemeinen deswegen nicht möglich sein, weil zur Nichtvornahme einer gebotenen Handlung niemand der Hilfe bedürfe. Indessen kann aber durch Rat, insbesondere durch Bestärkung des Entschlusses des Täters auch zu echten Unterlassungsdelikten Beihilfe geleistet werden. Dagegen ist allerdings Beihilfe „durch Tat" zu echten Unterlassungsdelikten naturgemäß deshalb nicht möglich, weil die echten Unterlassungsdelikte überhaupt nicht durch Handlungen begangen werden können[124]):

Der Kellner, der die vom Wirt in den Gasträumen nach Eintritt der Polizeistunde geduldeten Gäste bedient, leistet dem Wirt keine Beihilfe zu dessen Vergehen. Er ist dem Wirt nur bei der Erreichung des von diesem mit dem Dulden der Gäste verfolgten Zwecke, nämlich der Erzielung eines weiteren Warenumsatzes behilflich.

Von Schimmelbusch[125]) wird weiterhin in Abrede gestellt, daß in einer Unterlassung Mittäterschaft liegen könne. Zur Begründung führt er an:

Wenn jemand bei der Ausführung eines Verbrechens durch einen anderen so tätig werde, daß er die Tat des anderen als seine eigene wolle, könne diese Art der Mitwirkung nicht in einem Unterlassen bestehen. Das zeige sich schon dann, wenn man den Fall setze, daß ein Geschäftsinhaber stillschweigend damit einverstanden sei, daß sein Prokurist fälschlich gezeichnete Waren in den Verkehr bringe. Hier könne nie die Rede davon sein, daß der Geschäftsinhaber bei der Ausführung der strafbaren Handlung durch seinen Prokuristen mitgewirkt habe.

Warum in dem zitierten Beispiele der Geschäftsinhaber sich nicht der Mittäterschaft strafbar macht, das sagt Schimmelbusch nicht. Wer bei der Lehre von der Mittäterschaft auf dem Boden der subjektiven Theorie steht, und wer der Unterlassung kausale Wirkung zuschreibt, der muß auch die Möglichkeit einer Mittäterschaft durch Unterlassung bejahen. Dagegen hält das Reichsgericht[126]) und auch Olshausen[127]) es für unmöglich, daß mehrere Unterlassende je Mittäter eines Unterlassungsdeliktes sein können. Dies trifft jedoch in dieser Allgemeinheit nicht zu. Man muß vielmehr den Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten beachten. Die echten Unterlassungsdelikte können in Mittäterschaft nicht begangen werden. Hier erfüllt jeder Täter den vollen Tatbestand des Delikts. Dagegen ist Mittäterschaft bei den unechten Unterlassungsdelikten denkbar und zwar besonders dann, wenn mehrere bewußt und gewollt nicht handeln, obwohl sie zum Zusammenhandeln deswegen rechtlich verpflichtet sind, weil eben nur durch dieses Zusammenhandeln

---

123) So auch Alberti, S. 92.
124) A. M. Olshausen, a. a. O., zu § 49, Nr. 19.
125) a. a. O., S. 52.
126) RGSt., Bd. 50, S. 90.
127) a. a. O., Bd. 1, zu § 47, S. 179, Anm. 18 und 19.

ein bestimmter Erfolg herbeigeführt werden kann[128]). Das mag ein Beispiel erläutern: C. verpflichtet A. und B., sie sollten gemeinsam einen leck gewordenen und mit Waren gefüllten Kahn, der nur mit vereinten Kräften fortbewegt werden kann, ans Ufer ziehen. Bald darauf fassen jedoch A. und B. den Entschluß, den reichen C. zu schädigen. Sie ziehen daher den Kahn nicht ans Ufer und dieser versinkt mitsamt der Ladung. In diesem Falle haben A. und B. in Mittäterschaft Sachbeschädigung durch Unterlassung begangen.

Bezüglich der Frage, inwieweit bei Unterlassung von solidarischen Pflichten Mittäterschaft begangen werden kann, ist noch auf die Bemerkung bei Alberti[129]) und die dort angeführte Literatur hinzuweisen.

Von einigen Autoren[130]) wird die Möglichkeit des Versuchs eines echten Unterlassungsdelikts bestritten. Die Ausführungen Schimmelbuschs gehen dahin, daß von einem Omissivdelikt solange überhaupt nicht die Rede sein könne, als eine Handlungspflicht noch nicht bestehe, anderseits soll aber seiner Meinung nach das echte Unterlassungsdelikt schon in dem Augenblick vollendet sein, wo jemand nach Eintritt der Pflicht zum Handeln nicht handelt. Ein Anfang der Ausführung, der ja das charakteristische Merkmal des Versuchs bilde, sei demnach bei dieser Art von Delikt gar nicht denkbar.

Diese Ansicht wäre dann zutreffend, wenn das Wesen des echten Unterlassungsdelikts lediglich in einem Entschlusse bestehen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie Binding[131]) richtig bemerkt, haben auch die echten Unterlassungsdelikte eine Tatseite. Sie bestehen in der bewirkten Hinderung des Eintritts eines bestimmten Erfolges (z. B. der Kunde des Bedrohten von dem drohenden Morde). Deshalb ist, solange jemand trotz Möglichkeit und Pflicht zum Handeln nicht handelt und die mit dem Nichthandeln erstrebte Nichthinderung des Eintritts eines bestimmten Erfolges noch nicht erreicht ist, die Unterlassung nur versucht. Will also A. den Bedrohten nicht warnen und erhält dieser anderweitig von der Bedrohung Kenntnis und flieht, dann liegt Versuch aus § 139 StGB. vor. Eine andere Frage ist die, ob der Versuch eines echten Unterlassungsdelikts strafbar ist. Dies wird noch später zu erörtern sein.

Olshausen[132]) bejaht gleichfalls die Möglichkeit des Versuchs eines Unterlassungsdelikts. Seiner Begründung kann aber nicht beigepflichtet werden. Nach ihm sollen Gebotsverletzungen auch durch Handlungen begangen werden können und daher die Möglichkeit gegeben sein, sowohl den auf die Verletzung gerichteten Willen zu betätigen, als auch mit der Ausführung einen Anfang zu machen.

Demgegenüber ist zu bemerken, daß Omissivdelikte durch Tätigkeit nur dann begehbar sein könnten, wenn eine abstrakte Tätigkeit geboten wäre. So kann z. B. das Moralgebot „Du sollst

[128]) Ebermayer, Teil I, zu § 47, Anm. 3, S. 229.
[129]) a. a. O., S. 91.
[130]) z. B. Alberti, S. 74 ff., Schimmelbusch, S. 51 ff.
[131]) Grundriß, S. 130.
[132]) a. a. O., Auflage 1912, Bd. 1, S. 155, zu § 43, Anm. 27b.

den Nächsten lieben", auch durch eine Handlung dadurch verletzt werden, daß man den Nächsten mißhandelt. Da nun aber der Inhalt eines strafrechtlichen Gebotes stets eine konkrete Tätigkeit ist, können echte Unterlassungsdelikte, die lediglich in der Verletzung einer gesetzlichen Gebotsvorschrift bestehen, nur durch die Nichtvornahme der betreffenden gebotenen Tätigkeit, also nur durch eine Unterlassung begangen werden. Daß der Unterlassende möglicherweise während der Unterlassung eine andere als die gebotene Handlung vornimmt, ist gleichgültig. Deshalb verdient eigentlich das, was Olshausen und auch Kitzinger[133]) unter Omissivdelikt durch Tätigkeit versteht, daß nämlich der Verpflichtete es sich durch positive Tätigkeit, z. B. durch eine Reise, unmöglich macht, die gesetzlich gebotene Handlung vorzunehmen, diese Bezeichnung nicht. Das Nähere hierüber wird noch im nächsten Kapitel dargelegt werden. Hier sei nur darauf hingewiesen, wie vorsichtig sich Kitzinger an einer späteren Stelle seiner Abhandlung[134]) ausdrückt, wenn er bemerkt: „Bei den echten Unterlassungsdelikten ist ein strafbarer Versuch nicht denkbar. Man kann sich nicht vorstellen, wie z. B. jemand den Entschluß, einen Mord nicht anzuzeigen, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Vergehens bedeuten, betätigt, wenn nicht etwa in der Form die früher als Omissivdelikt durch Tätigkeit bezeichnet wurde, nämlich dadurch, daß er sich durch eine Tätigkeit, wie etwa eine Abreise unmöglich machen will, die gebotene Anzeige zu erstatten. Dann ist der Ort und die Zeit dieser Tätigkeit auch die des Versuchs, wenn man nicht etwa in jener Tätigkeit nur eine strafbare Vorbereitungshandlung erblickt."

Binding[135]) bejaht zwar die Möglichkeit eines Versuchs bei echten Unterlassungsdelikten und zwar insbesondere dann, wenn der Mord des Dritten, der vom Unterlassenden hätte angezeigt werden sollen, anderweit bekannt wird, er hält ihn aber mit der Begründung für straflos, daß das Gesetz hier ebensowenig wie beim Rücktritt vom Versuch Anlaß habe zu strafen. Soweit Binding damit behaupten will, daß der Versuch eines echten Unterlassungsdeliktes nie strafbar sei, ist ihm nicht ohne weiteres beizustimmen. Er müßte erst den fast unmöglichen Nachweis führen, daß aus dem gesamten Strafrecht sich kein Fall eines strafbaren Versuchs eines Omissivdelikts herleiten lasse. Dagegen ist zuzugeben, daß der Versuch eines echten Unterlassungsdelikts meist straflos sein wird. Denn nach § 43 StGB. ist nur der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens, sofern letzteres ausdrücklich im Gesetze bestimmt ist, strafbar. Die echten Unterlassungsdelikte stellen nun in der Regel Übertretungen dar und falls sie Vergehen sind, dürfte nur in wenigen Fällen auch der Versuch, sie zu begehen, für strafbar erklärt sein.

Landsberg[136]) hält deswegen den Versuch eines Omissivdelikts für straflos, weil nach seiner Ansicht stets entweder Vollendung

---

[133]) a. a. O., S. 129.
[134]) a. a. O., S. 231.
[135]) Grundriß, S. 130.
[136]) a. a. O., S. 172.

oder tätige Reue vorliegen müsse. Dies trifft jedoch keinesfalls zu. Ein Versuch eines echten Unterlassungsdelikts kann vielmehr auch abgesehen von tätiger Reue dadurch gegeben sein, daß der Verpflichtete sich weigert, seiner Verpflichtung nachzukommen, aber sofort hierzu gezwungen wird[137]).

Hinsichtlich der unechten Unterlassungsdelikte herrscht nahezu Einstimmigkeit darüber, daß bei ihnen strafbarer Versuch möglich ist. v. Liszt[138]) will allerdings bei allen Unterlassungsdelikten, echten wie unechten, im allgemeinen zwar fehlgeschlagenes Verbrechen, nicht aber unbeendigten Versuch für möglich halten. Zur Begründung führt er ein Beispiel an. Es mag auch zutreffen, daß in dem von v. Liszt statuierten Falle ein unbeendigter Versuch undenkbar sei. Damit wäre aber noch nicht bewiesen, daß nichtbeendigter Versuch überhaupt nie möglich sei. Im Gegenteil lassen sich sehr wohl Fälle auch unbeendigten Versuchs eines Unterlassungsdelikts bilden. Wenn z. B. die Mutter dem Kinde, um es verhungern zu lassen, die Nahrung nicht völlig entzieht, sondern nur schmälert, so liegt unbeendigter Versuch vor[139]).

§ 4.

Ort und Zeit der rechtswidrigen Unterlassung.

Die Frage nach dem Ort der Begehung des Unterlassungsdelikts ist wichtig für das internationale Strafrecht (§§ 3 bis 8 StGB.) und den Gerichtsstand (§ 7 StPO., § 32 ZPO.). Die Zeit der Begehung eines Unterlassungsdelikts ist von Bedeutung für die Verjährung (§ 67 StGB.), für die Fälle der Gesetzesänderung (§ 2 StGB.) und für die Deliktsfähigkeit (jugendliches Alter).

Es herrscht Einstimmigkeit darüber, daß die Fragen nach Ort und die Zeit des Unterlassungsdelikts gleichzeitig und einheitlich zu behandeln sind. Für die örtliche und zeitliche Abgrenzung der Unterlassungsdelikte können in Betracht kommen: Der Ort und die Zeit des Eintritts des strafrechtswidrigen Erfolges, der Ort und Zeit, wo und wann die unterlassene Tätigkeit spätestens hätte vollzogen werden müssen und schließlich der Aufenthaltsort des Unterlassenden. Die Bestimmung von Ort und Zeit der echten Unterlassungsdelikte kann naturgemäß nicht nach dem Ort und der Zeit eines Erfolgseintritts getroffen werden. Denn die Omissivdelikte stellen lediglich eine Gebotsverletzung dar, ohne daß ihnen der Eintritt eines strafrechtswidrigen Erfolges wesentlich ist. Es ist daher unbestritten, daß diese Art der Unterlassungsdelikte an dem Ort und zu der Zeit begangen ist, wo und wann die unterlassene Tätigkeit hätte vollzogen werden müssen. Es fragt sich aber, ob daneben, falls der Täter sich zur Zeit der Untätigkeit an einem dritten Ort aufhält, auch der Aufenthaltsort zu berücksichtigen ist. Binding[140]) bejaht dies und führt hierzu aus:

---

[137]) Vgl. auch Frank, zu § 43, S. 77, Anm. V, Aufl. 1912.
[138]) 8. Aufl. zu § 43 III, S. 202.
[139]) Vgl. Frank, Aufl. 1926, zu § 43 V_1, S. 91.
[140]) Handbuch I, § 85, Ziffer 2, S. 423.

Das Wesen der Unterlassungsdelikte bestehe einmal in einem bloßen Untätigwerden, sodann auch darin, daß ein bestimmter Erfolg nicht herbeigeführt worden sei. Deshalb sei es sowohl dort begangen, wo der Verpflichtete sich aufgehalten habe, als auch da, wo infolge seines Nichttätigwerdens dieser Erfolg ausgeblieben ist, wo er also nach dem Willen des Gesetzes eintreten sollte.

Gegen diese Ansicht hat man geltend gemacht, daß die rechtswidrig nicht vollzogene Handlung eigentlich nirgends vorgenommen, demnach überall unterlassen worden sei. Ihre Nichtvornahme sei aber rechtlich bedeutungsvoll nur dort, wo sie geschehen sollte.

Dieser Einwand ist nicht ganz zutreffend. Es wird unberechtigt bloßes Nichttun mit dem Unterlassungsdelikt identifiziert: Wenn A entgegen seiner Verpflichtung bei einer Behörde in Breslau eine bestimmte Handlung nicht vornimmt, kann man von ihm gewiß strenggenommen sagen, er hat die betreffende Handlung in Breslau, Berlin usw. nicht vorgenommen. Man kann aber deswegen noch nicht sagen, A habe an allen möglichen Orten die Handlung auch „unterlassen". Zum Wesen der Unterlassung gehört ein willkürliches Nichttun. Die Unterlassung kann daher nur dort begangen sein, wo der Täter die Möglichkeit hatte, die gebotene Handlung vorzunehmen. Hält sich der Täter an einem anderen Orte auf als an dem, wo der mit der gebotenen Handlung bezweckte Erfolg herbeigeführt werden soll, so wird er häufig imstande sein, von seinem Aufenthaltsorte aus die gebotene Tätigkeit zu vollziehen. Gleichwohl begeht er aber am Aufenthaltsort selbst keine Unterlassung[141]). Der Täter hat eben, wie zum Begriffe der Unterlassung erforderlich ist, nicht die Möglichkeit, am Aufenthaltsorte selbst den mit der gebotenen Handlung erstrebten Erfolg herbeizuführen. Daß er vom Aufenthaltsorte aus tätig werden kann, genügt zur Annahme einer Unterlassung, begangen am Aufenthaltsorte, noch nicht. Erhält z. B. A in einer Gebirgsbaude glaubhafte Kenntnis, daß B den C, der in M weilt, ermorden wolle, dann ist A verpflichtet, der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person brieflich und dergleichen rechtzeitig Anzeige zu machen. Tut er es nicht, dann begeht er am Aufenthaltsorte selbst keine Unterlassung. Denn dort wird es wohl kaum eine Behörde geben, noch hält sich dort der Bedrohte auf. Die Unterlassung ist demnach stets nur dort begangen, wo der mit der gebotenen Handlung erstrebte Erfolg herbeigeführt werden sollte, wo also die gebotene Handlung spätestens zu geschehen hatte[142]).

Kitzinger[143]) will bezüglich derjenigen echten Unterlassungen, bei denen sich der zum Handeln rechtlich Verpflichtete durch eine positive Tätigkeit, z. B. eine Reise zur Jagd, hindert, die vom Gesetzgeber geforderte Handlung vorzunehmen, also hinsichtlich der sogenannten Omissivdelikte durch Tätigkeit, eine Ausnahme machen. Er vergleicht diese Begehungsform mit den actiones liberae in causa, bei denen der Täter sich schuldhaft in einen

[141]) So auch Seligssohn, S. 218.
[142]) So auch Ebermayer, Einleitende Bestimmungen, § 4, S. 135.
[143]) a. a. O., S. 129.

Zustand versetzt, vermöge dessen er im entscheidenden Augenblick unabhängig von seinem Willen den Verbrechenstatbestand erfüllen muß und will Ort und Zeit dieser Begehungsform nach Ort und Zeit der hemmenden Tätigkeit bestimmen. Dies entspräche auch der natürlichen Anschauung, die das Unterlassungsdelikt in dem Zeitpunkt und an dem Orte als begangen ansehe, wo A es sich durch die Abreise zur Treibjagd unmöglich mache, das Verbrechen anzuzeigen. Die der hemmenden Tätigkeit nachfolgende Nichterfüllung der gesetzlich obliegenden Pflicht sei nur ein Erfolg dieser Tätigkeit, und dieser Erfolg sei für die natürliche Auffassung nicht das Wesentliche.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Für die Omissivdelikte durch Tätigkeit kann nichts anderes gelten als für die echten Unterlassungsdelikte überhaupt. Ist A verpflichtet, in der Stadt C eine Anzeige zu machen und reist er, um sich dies unmöglich zu machen, nach E, von wo aus er seiner Pflicht nicht mehr nachkommen kann, so wird es vor E noch einen Ort geben, von dem aus A seiner Pflicht im letzten Augenblick noch genügen könnte. Tut er es nicht, sondern beharrt er weiter bei seiner Absicht, keine Anzeige zu machen, dann ist zwar in dem Zeitpunkte, in dem A sich durch Verlassen der letzten Nachrichtenstation der Möglichkeit der Anzeigeerstattung beraubt, die Unterlassung begangen. Die Unterlassung ist jedoch weder am Orte E, da A dort nicht die Möglichkeit der Anzeigeerstattung hat, noch am Ort der letzten Nachrichtenstation begangen. Denn, wie schon oben erwähnt, besteht in derartigen Fällen höchstens die Möglichkeit, vom Aufenthaltsorte aus die geforderte Handlung vorzunehmen. Nicht aber kann am Aufenthaltsorte selbst der am Leistungsorte mit der gebotenen Handlung bezweckte Erfolg herbeigeführt werden. Auch das sogenannte Omissivdelikt durch Tätigkeit ist demnach nur an dem Ort und zu der Zeit begangen, wo und wann der Täter die gebotene Handlung vornehmen sollte.

Zweifelhaft könnte es erscheinen, ob das echte Unterlassungsdelikt stets dort und zu der Zeit begangen sei, wo und wann der Täter die gebotene Tätigkeit vorzunehmen verpflichtet war, sofern man den folgenden Fall setzt: A befindet sich in der Stadt M des Landes B. Innerhalb einer Frist oder zu einem bestimmten Termin soll er in der weit entfernten Stadt E des Landes P persönlich eine rechtlich gebotene Handlung vornehmen. Zu diesem Zwecke müßte er also schon vor Fristbeginn tätig werden, um überhaupt an den Erfüllungsort zu gelangen. Er benutzt jedoch vorsätzlich das letzte Verkehrsmittel nicht, mit dem er noch rechtzeitig in E ankommen könnte.

Alberti[144]) meint in einem ähnlichen von ihm statuierten Beispiele, daß man wohl dazu neigen werde, das Unterlassen bis zum Augenblick der verschuldeten Unmöglichkeit als das Wesentliche anzusehen. Denn vor diesem Zeitpunkte sei der Verpflichtete zur Leistung imstande gewesen. Sein späteres Unterlassen dagegen sei nur ein „bedeutungsloses Anhängsel". Da man jedoch, falls man nur auf den Zeitpunkt der verschuldeten Unmöglichkeit das Gewicht legt, zu einem wenig befriedigenden Ergebnisse gelangen

[144]) a. a. O., S. 80 ff.

würde, so macht Alberti nun folgenden Beurteilungsversuch: Das der verschuldeten Unmöglichkeit nachfolgende Unterlassen sei stets actio libera in causa. Vom Zeitpunkt der Unmöglichkeit ab müsse der Unterlassende aus einem Grunde, den er schuldhaft gesetzt hat, notgedrungen unterlassen. Diese Überlegung führe somit dazu, die Rechtserheblichkeit der späteren Unterlassung, insbesondere auch Zeit und Ort der Tat festzustellen. Damit sei zugleich auch geklärt, weshalb das vor dem Augenblick des Eintritts der verschuldeten Unmöglichkeit liegende Handeln oder Unterlassen als das Gewichtigere erscheine, wie dies im Fall der actio libera in causa bezüglich der Vorhandlung gegenüber dem späteren Verlauf ja auch zuträfe.

Hinsichtlich des Ortes des Unterlassungsdelikts bedarf es gar nicht der Verweisung auf die actio libera in causa, um zu dem von Alberti gefundenen Ergebnisse zu gelangen. Denn da A am Orte M selbst nicht die Möglichkeit hat, seiner Pflicht nachzukommen, so kann er hier das Unterlassungsdelikt auch nicht begehen. Das Unterlassungsdelikt ist vielmehr nur dort begangen, wo A bei Strafdrohung den von ihm verlangten Erfolg hätte herbeiführen sollen und können. In dem angeführten Beispiele ist demnach die Stadt E der Begehungsort.

Hinsichtlich der Zeit der Begehung des Unterlassungsdelikts ist allerdings die Heranziehung der actio libera in causa unvermeidlich. Die Reise nach E ist freilich unbedingt zur Erfüllung der Rechtspflicht des A erforderlich. Sie ist jedoch, da sie noch nicht tatbestandsmäßig ist, nur Vorbereitungs- und nicht Ausführungshandlung. Da nun derjenige, der einen gesetzlich gebotenen Erfolg herbeiführen soll, zur Vornahme selbst notwendiger Vorbereitungshandlungen nicht rechtlich verpflichtet ist, so kann er in dem Augenblicke, in dem er eine Vorbereitungshandlung vornimmt, keine Unterlassung begehen. Gleichwohl setzt er aber bei Nichtvornahme einer zur Pflichterfüllung notwendigen Vorbereitungshandlung eine Bedingung für den später eintretenden Erfolg. Mit der Wirksamkeit der Bedingung und zwar in dem Zeitpunkte, in dem spätestens die Rechtspflicht zu erfüllen war, ist nun das Unterlassungsdelikt begangen.

In der Regel erstreckt sich eine Unterlassung und ein Unterlassungsdelikt, besonders das unechte Unterlassungsdelikt, über einen längeren Zeitraum. Hierbei kann die Dauer der Begehungszeit der Unterlassung von der des Unterlassungsdelikts verschieden sein. Die Unterlassung beginnt dann, wenn jemand trotz Möglichkeit und rechtlicher Verpflichtung zum Handeln nicht handelt. Sie endet mit dem Zeitpunkte, in dem der Unterlassende nicht mehr handeln kann oder nicht mehr zum Handeln gesetzlich verpflichtet ist. Zum Unterlassungsdelikt wird die Unterlassung erst dann, wenn das rechtswidrige willkürliche Nichthandeln strafbar wird, also z. B. in § 139 StGB. dann, wenn das geplante Verbrechen begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist. Beendet ist das Unterlassungsdelikt, ebenso wie die Unterlassung überhaupt, mit dem Wegfall der Möglichkeit oder der Pflicht zum Handeln. Das Unterlassungsdelikt ist also nicht notgedrungen solange begangen, bis der rechtmäßige Zustand wieder hergestellt ist, sondern es dauert nur solange, wie der unrecht-

mäßige aufrechterhalten wird[145]). Ist demnach ein Handeln innerhalb einer bestimmten Frist unter Strafandrohung geboten, dann beginnt bei willkürlichem Nichthandeln des Täters schon mit Fristbeginn die Unterlassung, während das Unterlassungsdelikt erst nach Ablauf der Frist in Erscheinung tritt. Vollendet ist die Unterlassung und das Unterlassungsdelikt schon dann, wenn die Möglichkeit oder die Verpflichtung zur Tätigkeit entfällt, spätestens also dann, wenn der rechtmäßige Zustand, sei es durch Zufall oder einen Dritten hergestellt wird.

Die vorstehenden Ausführungen über Ort und Zeit des echten Unterlassungsdelikts gelten auch für das unechte Unterlassungsdelikt. Auch das unechte Unterlassungsdelikt ist an dem Ort und zu der Zeit begangen, wo und wann der Täter spätestens zur Vornahme der gesetzlich gebotenen Handlung verpflichtet gewesen ist. Ob man neben diesem Ort und dieser Zeit bei der örtlichen und zeitlichen Bestimmung des unechten Unterlassungsdelikts auch den Ort und die Zeit des Eintritts des Erfolges berücksichtigt, das hängt davon ab, zu welcher Theorie man sich bekennt[146]). Diejenigen, die bei den Begehungsdelikten durch positive Tätigkeit nur auf die körperliche Tätigkeit des Täters das entscheidende Gewicht legen, können folgerichtig auch hinsichtlich des Begehungsdelikts durch Unterlassung ebenfalls nur den Ort und die Zeit für bedeutungsvoll halten, wo und zu welcher die Handlung hätte stattfinden sollen. Wer dagegen, wie die Praxis die körperliche Tätigkeit mit dem Erfolge gleichstellt, muß dies auch bei den Begehungsdelikten durch Unterlassung[147]) tun. Der letzte Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch schließt sich keiner der beiden Ansichten an, sondern nimmt eine Mittelstellung ein. Er folgt der Rechtsprechung darin, daß auch der Ort, wo der zum Tatbestand gehörende Erfolg eintritt, Begehungsort des Kommissivdelikts durch Unterlassung ist. Bezüglich der Zeit heißt es jedoch im § 8 Abs. 2: „Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu der der Täter gehandelt hat oder (wenn ein Unterlassungsdelikt in Frage steht) hätte handeln müssen. Wann Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend". Diese Lösung wird m. E. den praktischen Bedürfnissen am besten gerecht.

---

[145]) So auch Ebermayer, a. a. O., S. 47.
[146]) Alberti, a. a. O., S. 87.
[147]) Vgl. Ebermayer, zu § 4, S. 135.

§ 5.

Zusammentreffen mehrerer rechtswidriger Unterlassungen.

Es können konkurrieren unechte Unterlassungsdelikte mit echten Unterlassungsdelikten, echte Unterlassungsdelikte miteinander, ein Unterlassungsdelikt mit einem Begehungsdelikt, zivilrechtliche Haftbarkeit aus Vertragsbruch und unerlaubte Handlung mit strafrechtlicher Haftbarkeit. Bestritten ist die Frage, ob jedes Omissivdelikt mit einem Kommissivdelikt durch Unterlassung in Idealkonkurrenz stehen kann. Landsberg[148]) bejaht dies. Er sieht in jedem Omissivdelikt die Grundlage dafür, den pflichtwidrig Unterlassenden für weitere voraussehbare Folgen seiner Untätigkeit haftbar zu machen. Nach ihm ist somit auch derjenige, der die in § 360 Ziff. 10 StGB. vorgeschriebene Nothilfepflicht nicht erfüllt, während er voraussieht, daß sich aus seiner Untätigkeit schwere Folgen entwickeln werden, für den Eintritt dieser Folgen verantwortlich.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht weist Landsberg auf ein Erkenntnis des Preußischen Obertribunals vom 29. 9. 1871 hin. Dort wird jemand, der einen Brunnen so schlecht verwahrte, daß darin ein Kind ertrinken konnte, nicht nur wegen Übertretung des § 367 Nr. 12 StGB., sondern auch wegen Vergehens nach § 222 StGB. verurteilt. Dieser Entscheidung ist freilich im Ergebnisse beizustimmen. Wer einen Brunnen herstellt, der ist schon auf Grund Gewohnheitsrechts verpflichtet, die aus seinem Tun entspringende Gefahr des Eintritts schlimmer Folgen abzuwenden. Tut er es demnach schuldhaft nicht, dann ist er auch abgesehen von § 367 Ziff. 12 StGB. für die infolge seines Nichthandelns eingetretenen strafrechtswidrigen Erfolge verantwortlich. Daneben trifft ihn die Strafe aus § 367 Ziff. 12 StGB., weil er gleichzeitig mit der Nichterfüllung der Pflicht zur Erfolgsabwendung dem rechtlichen Gebot der Brunnenverwahrung nicht genügt hat.

Anders verhält es sich jedoch mit der Pflicht zur Hilfeleistung nach vorheriger polizeilicher Aufforderung. Diese Pflicht folgt nur aus § 360 Ziff. 10 StGB. und stellt sich lediglich als eine reine Nothilfepflicht dar. Hier kann man nicht schon auf Grund des Gewohnheitsrechtssatzes eine Pflicht zur Erfolgsabwendung herleiten. Denn der Unterlassende hat keine gefährliche Einrichtung vorgenommen, er hat nichts getan, was seine Haftbarkeit für die den Gefährdeten treffenden Verletzungen begründen könnte. Wie auch North[149]) zu § 360 Ziff. 10 StGB. bemerkt, liegt, soweit die Gefährdeten selbst in Betracht kommen, immer nur die Verletzung eines Sittengebotes vor. Diesem wäre übrigens auch dann zuwider gehandelt worden, wenn die Polizei nicht zur Hilfeleistung aufgefordert hätte.

Dieselben Gründe, die bei Nichterfüllung der Nothilfepflicht des § 360 Ziff. 10 StGB. gegen die Annahme strafrechtlicher Ver-

---

[148]) a. a. O., S. 270 und S. 237.
[149]) a. a. O., S. 105.

antwortlichkeit des Unterlassenden für die den Bedrohten treffenden Verletzungen sprechen, zwingen auch zu der Ansicht, daß derjenige, der die durch § 139 StGB. vorgeschriebene Anzeige nicht erstattet, nur nach diesem Paragraphen bestraft werden kann. Ist jemand auf Grund einer sonstigen rechtlichen Vorschrift nicht nur zur Anzeige, sondern sogar zu dem weitergehenden Tun der Verhinderung des geplanten Verbrechens verpflichtet, dann trifft ihn neben der Strafe wegen Nichthinderung des Verbrechens nicht auch die Strafe aus § 139[150]) StGB. So macht sich z. B. der Vater, der den gegen seinen Sohn von einem Dritten geplanten Mord nicht vereitelt, nur wegen negativer Beihilfe strafbar. Auch die herrschende Ansicht steht auf dem Standpunkte, daß § 139 StGB. auf Gehilfen, Anstifter, Mittäter und Täter unanwendbar ist.

Es kann sein, daß jemand mehrere innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmende Handlungen unterläßt. In diesem Falle ist streitig, ob die einzelnen Unterlassungen nur ideell oder ob sie auch real konkurrieren können.

Binding[151]) meint, daß nicht alle Unterlassungen von Handlungen, die in derselben Zeitspanne hätten vorgenommen werden müssen, in Idealkonkurrenz stehen. Hiergegen kämpft Beling[152]) an. Seiner Ansicht nach bilden mehrere Unterlassungsdelikte, die innerhalb desselben Lebensabschnittes begangen werden, stets Tateinheit. Erstrecke sich die eine Unterlassung auf die Zeit vom 7. bis zum 10. September, so sei damit der fragliche Lebensabschnitt so fixiert, daß, falls er sich gleichzeitig als Omissivdelikt oder Kommissivdelikte anderer Art darstelle, Idealkonkurrenz gegeben sei.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Gleichzeitigkeit mehrerer Handlungen zur Annahme einer Handlung im Sinne des § 73 StGB. nicht genügt[153]). Verletzt A mit der einen Hand den B, mit der anderen zur selben Zeit den C, dann liegen zwei selbstständige Handlungen vor. Weshalb bei Verletzung des B und C durch gleichzeitige Nichterfüllung von dem A gegen B und C obliegenden Rechtspflichten anders entschieden werden sollte, ist nicht abzusehen. Zudem würde die Auffassung Belings den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht werden. Hat z. B. jemand binnen einer bestimmten Frist eine große Anzahl von Handlungen vorzunehmen, deren Unterlassung die Strafe aus den verschiedensten Übertretungsparagraphen zur Folge hat und handelt der Verpflichtete schuldhaft überhaupt nicht, dann könnte er bei Annahme von Idealkonkurrenz nur wegen einer Unterlassung bestraft werden, also höchsten 6 Wochen Haft bekommen[154]). Demnach kann es für die Frage, ob zwischen mehreren Unterlassungen Ideal- oder Realkonkurrenz besteht, nicht darauf ankommen, ob die Unterlassungen in denselben Lebensabschnitt des Täters fallen oder nicht. Wesentlich ist vielmehr nur der Umstand, ob die dem

[150]) Vgl. Frank, zu § 139 VIII, S. 326.
[151]) Handbuch, S. 580.
[152]) L. v. V., S. 38.
[153]) RGSt., Bd. 32, S. 137.
[154]) Ebenso Alberti, S. 99, a. a. O.

Unterlassenden obliegenden Rechtspflichten durch eine oder mehrere Handlungen haben erfüllt werden können. Im ersten Falle liegt nur eine Unterlassung vor, im zweiten Falle stellt sich dagegen die Nichterfüllung der Rechtspflichten als mehrfaches willkürliches Nichttun, als mehrfache Unterlassung dar.

Alberti[155]) kann nicht beigestimmt werden, wenn er Idealkonkurrenz mehrerer Unterlassungsdelikte für gegeben erachtet, falls der Verpflichtete durch eine einzige Handlung sich absichtlich die Erfüllung mehrerer ihm obliegender Leistungen unmöglich gemacht hat. Diese Ansicht ist einmal durch nichts gerechtfertigt, außerdem würde sie unter Umständen, insbesondere dann, wenn der Täter sich im entscheidenden Augenblicke in Schlaf, Rausch und dergleichen versetzen würde, um zahlreicher ihm obliegender Pflichten zu entgehen, genau so zu einem unbilligen Ergebnisse führen wie der v. Liszt'sche Standpunkt.

Eine Anzahl von Unterlassungsdelikten gehört zu den Gefährdungsdelikten, d. h. durch die Nichtbefolgung gewisser rechtlicher Gebote, die dem Schutze von Personen oder Sachen dienen, wird eine Gefährdung der betreffenden vom Gesetz als schutzwürdig befundenen Objekte hervorgerufen. Es fragt sich nun, ob ein Gefährdungsdelikt mit einem Delikte, das in einer Verletzung der schon gegen eine bloße Gefährdung geschützten Personen oder Sachen besteht, konkurrieren kann.

Die Beantwortung dieser Frage wird davon abhängen, ob die Unterlassung wegen ihrer Gefährlichkeit für bestimmte oder für unbestimmte Objekte mit Strafe bedroht ist. Nur im letzten Falle ist Konkurrenz zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikt möglich. Denn nur dann ist mit der Bestrafung wegen der Verletzung eines einzelnen Objekts die Gemeingefährlichkeit der Unterlassung der Handlung noch nicht abgegolten[156]). Hat also z. B. die Übertretung einer auf Grund des § 367 Ziff. 13 oder 14 ergangenen Polizeiverordnung eine Körperverletzung zur Folge, so ist der Täter wegen der Körperverletzung und wegen der Übertretung zu bestrafen.

---

[155]) a. a. O., S. 100.
[156]) Vgl. Frank, zu § 73 VII, 2, S. 222.

§ 6.

Gründe, die die Rechtswidrigkeit der „Unterlassung" ausschließen.

Dieselben Gründe, die die Rechtswidrigkeit eines Tuns ausschließen, lassen auch ein Nichttun als nicht rechtswidrig erscheinen. Zu nennen wären der bindende Befehl, das Züchtigungsrecht, Disziplinarbefugnisse, Vorschriften über den Waffengebrauch, über die Beschlagnahme, über die Durchsuchung, die vorläufige Festnahme, Notstand, sonstige Fälle erlaubter Selbsthilfe, unter Umständen auch die Einwilligung des Verletzten und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Wie sich schon aus den angeführten Beispielen ergibt, kann die Rechtswidrigkeit nicht nur durch eine Bestimmung des Strafrechts, sondern auch durch eine Vorschrift des sonstigen öffentlichen oder des bürgerlichen Rechts ausgeschlossen sein. Einige Unrechtsausschließungsgründe sind bei der Unterlassungslehre besonders hervorzuheben. So ist vor allem darauf hinzuweisen, daß ein Nichttun dann nicht rechtswidrig ist, wenn die Erfüllung der vertraglich obliegenden Pflicht unmöglich ist. Denn auch der Strafrichter hat bei Prüfung der Frage, ob eine vertragliche Rechtspflicht besteht, die bürgerlich rechtlichen Bestimmungen der §§ 306 ff., 275, 279 ff. BGB. über die Nichtentstehung (ursprüngliche Unmöglichkeit) oder den Fortfall (nachträgliche Unmöglichkeit) einer Vertragspflicht zu berücksichtigen. Unrechtsausschließende subjektive Unmöglichkeit einer vertraglichen Leistung kann schon dann vorliegen, wenn sich die Tätigkeit als eine gefährlichere, kostspieligere oder mühseligere darstellt, als beim Vertragsabschluß angenommen worden ist[157]). Zu beachten ist aber stets, daß trotz Wegfalls der vertraglichen Leistungspflicht eine gewohnheitsrechtliche Rechtspflicht zum Handeln bestehen kann und zwar dann, wenn durch die Abgabe der Verpflichtungserklärung die Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges herbeigeführt wird. Außerdem ist, wie bereits vorher erwähnt, der spätere Wegfall der Leistungsfähigkeit für den Fall unbeachtlich, daß er vorsätzlich herbeigeführt worden ist[158]). Bei anderen als vertraglichen Rechtspflichten ist die Unmöglichkeit der Vornahme der Handlung nicht bloß Unrechtsausschließungsgrund, sondern es fehlt schon an dem zum Unterlassungsbegriffe gehörenden willkürlichen Nichttun. Allerdings wird nicht nur dann, wenn die Erfüllung der außervertraglichen Rechtspflicht absolut unmöglich ist, sondern schon dann, wenn ihr nur mit unverhältnismäßigem Aufwande an Vermögensopfern oder Mühe genügt werden könnte und bei erheblicher Lebens- oder Leibesgefahr des Verpflichteten oder seiner Angehörigen von „Unmöglichkeit" gesprochen. In derartigen Fällen ist jedoch die subjektive Unmöglichkeit nicht Unrechts-, sondern, wie bei den reinen Begehungsdelikten, Schuldausschließungsgrund. Der beim Brande einer Nachbarscheune zur Hilfeleistung Aufgeforderte ist demnach zu Löscharbeiten auch

[157]) Vgl. Landsberg, S. 265, a. a. O.
[158]) So im Ergebnis North, S. 76, a. a. O.

dann verpflichtet, wenn seine eigene Scheune zur selben Zeit in Brand geraten ist. Tut er es nicht, dann ist er jedoch nicht strafbar. Er hat einen triftigen Entschuldigungsgrund. Der Staat hat eben, wie North zu diesem Beispiele bemerkt, ein gleiches Interesse an dem Schutze der Rechtsgüter seiner Staatsbürger. Subjektive Unmöglichkeit ist dagegen nicht schon darin zu erblicken, daß die Pflicht zur Anzeige gemäß § 139 StGB. nur mittels Telegramms oder eines zu bezahlenden Boten erfüllbar ist.

Mitunter ist derjenige, der auf Grund einer Polizeiverordnung zu einem Tun verpflichtet ist, auch vertraglich dazu verpflichtet. Da nun der vertraglich Verpflichtete in der Regel für Fahrlässigkeit, d. h. gemäß § 276 BGB. für jede Nichtbeobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einzustehen hat, so kann er sich seiner zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nicht immer dadurch entziehen, daß er nur das tut, was die Polizeiverordnung von ihm verlangt. Denn sehr oft stellen die Polizeiverordnungen geringere Anforderungen als zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausreicht. Das Reichsgericht[159]) führt hierzu in einem Falle, in dem ein Fahrgast gelegentlich eines Schiffsanpralls in den offenen Maschinenraum gefallen war, mit Recht aus: Der aus dem Vertrage für jede Nachlässigkeit haftende Schiffseigentümer ist zu einer entsprechenden Sorgfalt verpflichtet. Die Anforderungen der Polizeibehörde stellen nur die Minimalgrenze dar.

Die Verantwortlichkeit des Schiffseigentümers ist aber nur zivilrechtlich begründet. Strafbar ist er nicht. Denn das Strafrecht hat in diesem Falle ausdrücklich durch Polizeiverordnung bestimmt, welche Sicherheitsmaßregeln es beobachtet wissen wolle. Daher kann der Schiffseigentümer, wenn er andere als die gebotenen Sicherheitsmaßregeln nicht trifft, nicht bestraft werden. Aus demselben Grunde ist der Hauswirt, der polizeilich z. B. bis 20 Uhr zur Treppenbeleuchtung verpflichtet ist, auf Grund seiner unter Umständen bestehenden vertraglichen Pflicht, das Haus länger als bis 20 Uhr zu beleuchten, nicht strafrechtlich verantwortlich, wenn ein Mieter nach 20 Uhr die Treppen herunterstürzt.

Soweit eine Pflichtenübertragung gestattet ist, kann auch durch sie die Rechtswidrigkeit eines Nichttuns beseitigt werden. Die Möglichkeit, eine privatrechtliche Pflicht auf einen Dritten zu übertragen, ergibt sich aus § 415 BGB. Dagegen kann eine öffentlich-rechtliche Pflicht durch privatrechtlichen Vertrag regelmäßig nicht mit befreiender öffentlich-rechtlicher Wirkung auf einen anderen übergehen. Liegt aber die öffentlich-rechtliche Pflicht dem Inhaber eines bestimmten Privatrechts ob, so endet die Pflicht mit dem Verlust des Rechts oder auch schon mit der Unmöglichkeit der Rechtsausübung. Steht demnach ein Hauseigentümer unter Vormundschaft oder im Konkurse, so hat der Vormund oder der Konkursverwalter die Straße vor dem Grundstücke fegen zu lassen[160]). Geschieht dies nicht, dann macht sich der Vormund oder der Konkursverwalter und nicht der Geisteskranke oder der Gemeinschuldner strafbar. Anders ist zu ent-

[159]) RGZ., Bd. 23, S. 90.
[160]) Vgl. Hatschek, a. a. O., S. 150.

scheiden, wenn jemand, dem eine öffentlich-rechtliche Pflicht obliegt, die Sorge für die Erfüllung dieser Pflicht auf einen anderen überträgt. Ein derartiges Vertretungsverhältnis bleibt für die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit unberücksichtigt[161]). Privatrechtlich muß freilich ein derartiges Vertretungsverhältnis Berücksichtigung finden. In einem vom OLG. Stuttgart[162]) entschiedenen Falle ist eine Gemeinde auf Ersatz eines Pferdes, das infolge Glatteis gestürzt war, verklagt worden. Die Beklagte hat eingewandt, daß die Unterhaltung und Verwaltung der fraglichen Straße seit langem der Amtskörperschaft C übertragen sei. Das Landgericht hat verurteilt und ausgeführt, daß eine auf Grund öffentlichen Rechts obliegende Verpflichtung nicht unter Ausschluß der eigenen Haftung durch Vertrag auf einen Dritten übertragen werden könne. Das OLG. hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werde, daß infolgedessen der Beklagten Fahrlässigkeit nachgewiesen werden müsse. Eine Fahrlässigkeit sei nun aber nicht schon darin zu erblicken, daß die Beklagte die Sicherheitsmaßregeln nicht selbst getroffen habe. Denn sie habe mit Recht annehmen dürfen, die Amtskörperschaft C werde in Erfüllung der übernommenen Verpflichtung Sicherheitsmaßregeln treffen.

Hervorzuheben bleibt noch, daß derjenige, der schuldhaft eine rechtwidrige Unterlassung begangen hat, für deren Folgen auch dann einzustehen hat, wenn der die Handlungspflicht begründende Umstand nicht mehr besteht. Wer z. B. als Asservatenführer einen geladenen Revolver in Verwahrung nimmt, ohne für dessen Entladung zu sorgen oder ersichtlich zu machen, daß der Revolver geladen ist, der ist für eine daraus entstehende Verletzung einer Person selbst dann noch verantwortlich, wenn sich die Schußwaffe erst nach der Enthebung des Asservatenführers von seinen amtlichen Verpflichtungen gelegentlich einer vorgenommenen Versteigerung entlädt.

[161]) KG., Bd. 22, NF. III, Abt. C, S. 5 ff.
[162]) Zitiert bei Alberti, a. a. O., S. 31.

§ 7.

Zusammenfassung.

Eine Zusammenfassung des bisher Gesagten ergibt folgenden Entwicklungsgang und folgende Ergebnisse: Die Unterlassung ist am besten zu definieren als willkürliche Nichtvornahme eines gebotenen Tuns oder auch, was dasselbe ist, als willkürliches verbotenes Nichttun. Da demnach zum Unterlassungsbegriff stets verbotenes Nichttun gehört, ist man nur berechtigt von rechtswidriger Unterlassung zu sprechen, wenn man auf die Quelle des Verbots, auf das Recht im Gegensatz zur Sitte und Moral hinweisen will. Unter den Unterlassungsbegriff fällt auch ein „Dulden" oder „Gestatten".

An die Untersuchung des Unterlassungsbegriffs schließt sich die über die Rechtswidrigkeit der Unterlassung an. Hierbei ist darauf hingewiesen worden, daß Kausalität und Rechtswidrigkeit auseinandergehalten werden müssen.

Der Unterlassung kommt selbst kausale Bedeutung zu. Eine eigene Vorhandlung ist zur Begründung der Haftbarkeit für den nichtverhinderten Erfolg keine Voraussetzung.

Rechtswidrig ist die Unterlassung dann, wenn die Rechtspflicht zum Tun durch eine Norm des privaten oder des öffentlichen Rechts ausgesprochen ist. Bestritten ist, ob aus vorangegangenem Tun als solchem eine rechtliche Handlungspflicht entspringen kann. Aus dem geschriebenen Gesetze läßt sich eine derartige Rechtspflicht nicht herleiten. Jedoch kann man eine gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Handeln für den feststellen, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges verursacht hat. Eine allgemeine Nothilfepflicht im Sinne von v. Liszt oder eine allgemeine Anzeigepflicht, wie sie Peter Klein konstruiert, ist dagegen weder aus dem Gewohnheitsrecht, noch aus § 826 BGB. herleitbar. Die Pflicht zum Tun muß vielmehr in jedem Einzelfalle besonders nachgewiesen werden. Hierbei ist es nicht gut möglich, jedes Gesetz, auch das Zivilgesetz und das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle für die Rechtspflicht zum Handeln anzunehmen und den Vertrag auszuschließen. Die Vertragspflicht kann auch durch schlüssige Handlungen zur Entstehung gelangen. Selbst in einem Stillschweigen ist dann eine Willenserklärung zu sehen, wenn abgesehen von ausdrücklicher Gesetzesvorschrift Treu und Glauben eine positive Erklärung erwarten ließ. Dies darf jedoch nicht dahin verstanden werden, daß aus dem zivilrechtlichen Grundsatze von Treu und Glauben auch eine Rechtspflicht zum Reden herleitbar ist. (Wichtig für § 263 StGB.!)

Die Übernahme der vertraglichen Handlungspflicht kann noch nach Beginn des Eintritts des Erfolges erfolgen. Allerdings muß stets die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses möglich und erlaubt sein. Ob die vertragliche Rechtspflicht dem Verletzten oder einem Dritten gegenüber bestanden hat, ist auch für die Unterlassungslehre unerheblich.

Trotz Nichtigkeit eines Vertrages oder nach Ablauf der Vertragsdauer besteht unter Umständen noch eine gewohnheitsrechtliche Handlungspflicht fort. Ist jedoch ein Vertrag nichtig oder beendet, der nicht von Anfang an darauf gerichtet gewesen ist, schädliche Folgen der eingetretenen Art abzuwehren, dann kann auch aus dem gewohnheitsrechtlichen Satze keine Rechtspflicht zum Tun entnommen werden.

Auf die zivilrechtliche Erzwingbarkeit einer Obligation, mit Ausnahme der sogenannten Naturalobligationen und der verjährten Forderungen, kommt es nicht an.

Mittelbar aus dem Privatrecht können sich weiterhin Rechtspflichten dann ergeben, wenn jemand im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag tätig wird. Aus einem vom Recht auferlegten Pflichtenkreise können nur solche Pflichten sich ergeben, die das Recht ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt. Die Feststellung von Umfang und Inhalt der einzelnen Pflichtenkreise ist freilich schwierig.

Eine Untersuchung über die deliktischen Erscheinungsformen der rechtswidrigen Unterlassung zeigt, daß Anstiftung, Beihilfe, Mittäterschaft und Versuch durch Unterlassung zwar möglich sind, dagegen können mehrere Unterlassende nur Mittäter eines unechten und nicht auch eines echten Unterlassungsdelikts sein. Der Versuch eines echten Unterlassungsdelikts ist aber denkbar.

Ort und Zeit der Unterlassung sind sowohl für das Prozeßrecht, wie für das materielle Recht wichtig. Das echte Unterlassungsdelikt, auch das sogenannte Omissivdelikt durch Tätigkeit, ist stets dort und zu der Zeit begangen, wo und wann der Täter die gebotene Tätigkeit vorzunehmen verpflichtet war. Daneben sind bei den unechten Unterlassungsdelikten auch Ort und Zeit des Erfolgseintritts zu berücksichtigen. Hält sich der Täter an einem anderen Ort auf als an dem, wo er zur Vornahme einer Handlung verpflichtet ist, so begeht er am Aufenthaltsorte selbst keine Unterlassung.

Nicht jedes Omissivdelikt kann mit einem Kommissivdelikt in Konkurrenz stehen. Für die Frage, ob mehrere Unterlassungen ideell oder real konkurrieren, kommt es nicht darauf an, ob die Unterlassungen in denselben Lebensabschnitt des Täters fallen oder nicht. Wesentlich ist vielmehr nur der Umstand, ob die dem Unterlassenden obliegenden Rechtspflichten durch eine oder durch mehrere Handlungen erfüllt werden können. Ist die Unterlassung ein Gefährdungsdelikt, dann ist zwischen diesem und einem Verletzungsdelikt Konkurrenz dann möglich, wenn die Unterlassung für unbestimmte Objekte mit Strafe bedroht ist.

Dieselben Gründe, die die Rechtswidrigkeit eines Tuns ausschließen, lassen auch ein Nichttun als nicht rechtswidrig erscheinen. Einige Unrechtsausschließungsgründe sind bei der Unterlassungslehre besonders hervorzuheben. So ist vor allem darauf hinzuweisen, daß ein Nichttun dann nicht rechtswidrig ist, wenn die Erfüllung der vertraglich obliegenden Pflicht unmöglich ist. Zu beachten bleibt aber stets, daß trotz Wegfalls der vertraglichen Leistungspflicht eine gewohnheitsrechtliche Pflicht zum Handeln dann fortbestehen kann, wenn durch die Abgabe der

betreffenden Verpflichtungserklärung die Gefahr des Eintritts eines bestimmten Erfolges herbeigeführt worden ist. Bei anderen als vertraglichen Rechtspflichten ist die Unmöglichkeit nicht bloß Unrechtsausschließungsgrund, sondern es fehlt schon an einem zum Unterlassungsbegriff gehörenden willkürlichen Nichttun. In einigen Fällen sog. subjektiver Unmöglichkeit ist aber bei Nichthandeln Unterlassung gegeben,. Die subjektive Unmöglichkeit ist jedoch dann nur Schuld- und nicht Unrechtsausschließungsgrund. Ist jemand auf Grund einer Polizeiverordnung u n d auf Grund Vertrages zu einem Tun verpflichtet, dann kann er, wenn er dem polizeilichen Gebote genügt, selbst dann nicht bestraft werden, wenn er die möglicherweise bestehenden weiteren Vertragspflichten nicht erfüllt. Soweit Pflichtenübertragung gestattet ist, wird auch durch sie die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Derjenige, der schuldhaft eine rechtswidrige Unterlassung begangen hat, ist für ihre Folgen selbst dann verantwortlich, wenn der die Handlungspflicht begründende Umstand nicht mehr besteht.

Lebenslauf

Ich bin geboren am 12. März 1903 in Hindenburg (O.-Schl.) als Sohn des Bäckermeisters Alois Rydzek und dessen Ehefrau Emilie, geborene Hoffrichter. Nach vierjähriger Volksschulzeit besuchte ich seit Ostern 1914 das Gymnasium in Hindenburg-Zaborze. Hier legte ich, nachdem ich vorübergehend während der französischen Besatzungszeit in Oberschlesien Schüler des Gymnasiums in Patschkau gewesen war, die Reifeprüfung ab. Darauf bezog ich nacheinander die Universitäten München und Breslau. Nach beendetem Studium bestand ich am Oberlandesgericht Breslau am 11. und 12. Juli 1928 die erste juristische Prüfung. Seit dem 7. August 1928 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst in Hindenburg (O.-Schl.).

Verlagsdruckerei Hans Plasnick, Großenhain i. Sa.